**Het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk**

Een onderzoek naar hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon in Nederland zich verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht

Anne-Roos Verveld

S1063989

Begeleider: mr. dr. S.M.A. Lestrade

Tweede lezer: mr. I.C. Achten

Datum: 16 januari 2025

Datum verdediging: 30 januari 2025

Inhoudsopgave

[Hoofdstuk 1 | Inleiding 4](#_Toc187745510)

[§1.1 Aanleiding 4](#_Toc187745511)

[§1.1.1 Maatschappelijke relevantie 5](#_Toc187745512)

[§1.1.2 Wetenschappelijke relevantie 6](#_Toc187745513)

[§1.2 Probleemstelling 6](#_Toc187745514)

[§1.3 Onderzoeksmethode 7](#_Toc187745515)

[Hoofdstuk 2 | Het nemo tenetur-beginsel 10](#_Toc187745516)

[§2.1 De betekenis van het nemo tenetur-beginsel 10](#_Toc187745517)

[§2.1.1 De erkenning van het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht 12](#_Toc187745518)

[§2.1.2 Wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal 14](#_Toc187745519)

[§2.1.3 Een toetsingskader 15](#_Toc187745520)

[§2.2 De ratio’s van het nemo tenetur-beginsel 20](#_Toc187745521)

[§2.2.1 Het voorkomen van ongeoorloofde dwang 21](#_Toc187745522)

[§2.2.2 De menselijke waardigheid 21](#_Toc187745523)

[§2.2.3 De procesautonomie van de verdachte 22](#_Toc187745524)

[§2.2.4 Het tegengaan van rechterlijke dwalingen 23](#_Toc187745525)

[§2.2.5 De verhouding tussen de ratio’s 23](#_Toc187745526)

[§2.3 Het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen 26](#_Toc187745527)

[§2.4 Deelconclusie 31](#_Toc187745528)

[Hoofdstuk 3 | De Nederlandse rechtspraktijk inzake het zwijgrecht van de rechtspersoon 33](#_Toc187745529)

[§3.1 De rechtspersoon in het strafrecht 35](#_Toc187745530)

[§3.1.1 De ontstaansgeschiedenis van artikel 51 Sr 36](#_Toc187745531)

[§3.1.2 De opvatting van de wetgever 37](#_Toc187745532)

[§3.1.3 Het zwijgrecht voortvloeiend uit artikel 29 Sv 39](#_Toc187745533)

[§3.2 De procespositie van werknemers in de opsporingsfase 40](#_Toc187745534)

[§3.3 De procespositie van vertegenwoordigers in de opsporingsfase 43](#_Toc187745535)

[§3.4 De vertegenwoordiging in de vervolgingsfase 46](#_Toc187745536)

[§3.5 Deelconclusie 50](#_Toc187745537)

[Hoofdstuk 4 | Het zwijgrecht van de rechtspersoon in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel 52](#_Toc187745538)

[§4.1 Ontbreken van een wettelijke regeling in de opsporingsfase 53](#_Toc187745539)

[§4.2 Knelpunten met betrekking tot werknemers 55](#_Toc187745540)

[§4.2.1 Het EHRM en het HvJ inzake het afgeleid zwijgrecht voor werknemers 55](#_Toc187745541)

[§4.2.2 Werknemers als getuige in relatie tot het nemo tenetur-beginsel 57](#_Toc187745542)

[§4.3 Knelpunten met betrekking tot vertegenwoordigers 61](#_Toc187745543)

[Hoofdstuk 5 | Conclusie 66](#_Toc187745544)

[§5.1 Het zwijgrecht van de rechtspersoon en het nemo tenetur-beginsel 66](#_Toc187745545)

[§5.2 Aanbevelingen 72](#_Toc187745546)

[Literatuurlijst 74](#_Toc187745547)

[Jurisprudentielijst 81](#_Toc187745548)

# **Hoofdstuk 1 | Inleiding**

## **§1.1 Aanleiding**

In 1976 is in artikel 51 van het wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) vastgelegd dat rechtspersonen, net als natuurlijke personen, strafbare feiten kunnen begaan. Sindsdien worden rechtspersonen in het strafrecht erkend als volwaardig rechtssubject en zijn zij zelfstandig drager van rechten en plichten.[[1]](#footnote-1) Dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan, betekent ook dat zij aangemerkt kunnen worden als verdachte op grond van artikel 27 van het wetboek van Strafvordering (hierna: Sv). Een rechtspersoon die als verdachte wordt aangemerkt, heeft recht op diverse procedurele waarborgen, waaronder het zwijgrecht voortvloeiend uit artikel 29 lid 1 Sv. De wetgever heeft echter weinig geregeld omtrent de procespositie van rechtspersonen.[[2]](#footnote-2) In artikel 528 Sv is vastgelegd dat rechtspersonen tijdens het strafproces vertegenwoordigd kunnen worden door zijn bestuurders, maar over de procespositie van rechtspersonen in de opsporingsfase heeft de wet niks geregeld. Deze lacune leidt in de literatuur tot discussie over de vraag of aan verdachte rechtspersonen het zwijgrecht toekomt en hoe dit zwijgrecht in de praktijk moet worden uitgeoefend.[[3]](#footnote-3) Rechtspersonen zijn immers een juridische fictie die alleen feitelijk kunnen handelen door natuurlijke personen.[[4]](#footnote-4)

Het Nederlandse strafprocesrecht wordt genormeerd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en EU-wetgeving en de uitleg die daaraan door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) en het Hof van Justitie (hierna: HvJ) wordt gegeven.[[5]](#footnote-5) Het nemo tenetur-beginsel is een belangrijk beginsel dat voortvloeit uit dit Europese recht en de gewezen rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Het nemo tenetur-beginsel houdt in dat niemand gedwongen mag worden zichzelf te belasten.[[6]](#footnote-6) Het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht worden niet expliciet genoemd in het EVRM en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). Het EHRM heeft echter overwogen dat deze beginselen ingelezen dienen te worden in artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.[[7]](#footnote-7) Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel worden erkend als internationale normen die tot de kern behoren van het recht op een eerlijk proces.[[8]](#footnote-8) Doordat de Nederlandse wetgever het zwijgrecht van de rechtspersoon nauwelijks wettelijk heeft geregeld, is het onduidelijk of het zwijgrecht voldoet aan de eisen die het EHRM en het HvJ stellen aan het nemo tenetur-beginsel.

### **§1.1.1 Maatschappelijke relevantie**

Artikel 528 Sv bepaalt dat de rechtspersoon tijdens de vervolgingsfase wordt vertegenwoordigd door zijn bestuur. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging van de rechtspersoon komt daarbij toe aan iedere afzonderlijke bestuurder.[[9]](#footnote-9) De vertegenwoordiger wordt in de vervolgingsfase als het ware vereenzelvigd met de rechtspersoon en kan het zwijgrecht van de rechtspersoon uit artikel 29 lid 1 Sv uitoefenen.[[10]](#footnote-10) In de praktijk blijkt echter dat het zwijgrecht van de rechtspersoon in de vervolgingsfase omzeild kan worden doordat bestuurders, die geen vertegenwoordiger zijn, of werknemers worden opgeroepen als getuige. In de opsporingsfase doen zich ook verschillende knelpunten voor. In de opsporingsfase ontbreekt een wettelijke regeling die bepaalt hoe rechtspersonen het zwijgrecht kunnen uitoefenen. Het is in deze fase geen vanzelfsprekendheid dat de vertegenwoordigers van een rechtspersoon zich individueel op het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen beroepen.[[11]](#footnote-11) Dit geldt ook voor de werknemers van de rechtspersoon: in de literatuur bestaat geen consensus over de vraag of werknemers zich kunnen beroepen op een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon.[[12]](#footnote-12) Sommige schrijvers pleiten voor een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon voor een beperkt aantal werknemers, terwijl anderen pleiten voor een afgeleid zwijgrecht voor iedere individuele werknemer.[[13]](#footnote-13)

Het is belangrijk om vast te stellen of het zwijgrecht geldt voor rechtspersonen en hoe dit recht kan worden uitgeoefend. De rechtspersoon is tegenwoordig niet meer weg te denken uit onze samenleving. In Nederland zijn ongeveer 2,3 miljoen rechtspersonen ingeschreven en daarnaast opereren veel buitenlandse bedrijven binnen Nederland.[[14]](#footnote-14) Het gedrag van rechtspersonen wordt in de huidige maatschappij met een kritische blik gevolgd omdat de activiteiten van rechtspersonen een wijdverbreide impact hebben op de maatschappij. Veel van deze activiteiten zijn gereguleerd in wettelijke voorschriften waarvan de overtreding een strafbaar feit oplevert.[[15]](#footnote-15) Door de maatschappelijke aandacht en de toenemende betrokkenheid van rechtspersonen in de maatschappij worden zij steeds vaker via het strafrecht ter verantwoording geroepen.[[16]](#footnote-16) Met het oog op de rechtszekerheid van zowel rechtspersonen als natuurlijke personen is het van belang om antwoord te krijgen op bovenstaande vragen.[[17]](#footnote-17) Daarom tracht deze masterscriptie na bijna 40 jaar erkenning van de rechtspersoon als volwaardig rechtssubject in het strafrecht de onduidelijkheid met betrekking tot het zwijgrecht van de rechtspersoon op te helderen.

### **§1.1.2 Wetenschappelijke relevantie**

Het onderzoek is wetenschappelijk relevant omdat het voortbouwt op het werk van verschillende schrijvers die onderzocht hebben of het nemo tenetur-beginsel van toepassing is op rechtspersonen en hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon invulling moet krijgen in de Nederlandse rechtspraktijk. Een voorbeeld is het werk van Van Strien, die de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen heeft onderzocht.[[18]](#footnote-18) Dit onderzoek bouwt daarop voort, maar dan met een specifieke toespitsing op het zwijgrecht van de rechtspersoon. Daarnaast poogt dit onderzoek het zwijgrecht van de rechtspersoon op een unieke manier te benaderen door het te plaatsen in een breder kader van Europese rechtspraak en wetgeving, door te beantwoorden hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon zich in Nederland verhoudt tot Europese regelgeving en rechtspraak over het nemo tenetur-beginsel.

## **§1.2 Probleemstelling**

De hoofdvraag van deze scriptie luidt: *in hoeverre is het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk in overeenstemming met de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht?* Deze vraag wordt beantwoord in meerdere hoofdstukken die ieder een deelvraag behandelen. De drie deelvragen luiden als volgt:

1. Wat is de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht en geldt dit beginsel ook voor rechtspersonen?
2. Op welke wijze kunnen rechtspersonen, via de procespositie van hun vertegenwoordigers en werknemers, hun zwijgrecht uitoefenen tijdens de opsporings- en vervolgingsfase in Nederland?
3. In hoeverre is het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk in overeenstemming met de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht?

## **§1.3 Onderzoeksmethode**

In deze masterscriptie wordt een juridisch-dogmatisch onderzoek uitgevoerd waarin het geldende recht wordt geanalyseerd. In hoofdstuk twee wordt het juridisch kader inzake de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel uiteengezet door middel van literatuuronderzoek en bronnenonderzoek, met als doel de eerste deelvraag te beantwoorden. Hierbij wordt gekeken naar het EVRM, meer specifiek artikel 6 EVRM inzake het recht op een eerlijk proces. Daarnaast wordt de rechtspraak van het EHRM geanalyseerd om inzicht te krijgen in de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel. Of het nemo tenetur-beginsel geldt voor rechtspersonen wordt onderzocht aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Voor de rechtspraak van het EHRM is met name gezocht op de databank HUDOC. Met behulp van de *advanced search* is gezocht naar rechtspraak waarin een beroep op artikel 6 EVRM wordt gedaan en waarin de term *the privilege against self-incrimination* wordt gebruikt. Hieruit zijn verschillende uitspraken naar voren gekomen. Voor relevante rechtspraak van het HvJ is gezocht op EUR-lex. De literatuur in dit hoofdstuk is gezocht aan de hand van verschillende zoeksystemen waaronder Kluwer Navigator, Legal Intelligence, Ru Quest en Inview Intelligence. De gebruikte zoektermen zijn het nemo tenetur-beginsel, de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel, de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en *the privilege against self-incrimination*. In de voetnoten van de geraadpleegde literatuur is aanvullende relevante literatuur gevonden.

Hoofdstuk drie onderzoekt het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk. In dit hoofdstuk wordt voornamelijk gebruik gemaakt van de wet- en regelgeving, alsook de onderliggende parlementaire stukken. De uitspraken van de Hoge Raad (hierna: HR) over het zwijgrecht van de rechtspersoon worden geanalyseerd. Middels bronnenonderzoek wordt in kaart gebracht hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon in Nederland kan worden uitgeoefend. De wetsgeschiedenis, wetenschappelijke literatuur en jurisprudentie zijn gezocht aan de hand van verschillende zoeksystemen, waaronder Kluwer Navigator, Legal Intelligence, Ru Quest, rechtspraak.nl., overheid.nl en Inview Intelligence. De zoektermen die gebruikt zijn, zijn het zwijgrecht van de rechtspersoon in het strafrecht en de rechtspersoon in het strafrecht. Met deze zoektermen kwam veel relevante literatuur naar voren. In de voetnoten van deze literatuur is vervolgens verder gezocht naar aanvullende relevante literatuur.

In hoofdstuk vier wordt het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk getoetst aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ aangaande de betekenis en de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. De verschillende knelpunten die zich voor hebben gedaan in hoofdstuk drie worden onderzocht aan de hand van de analyse in hoofdstuk twee. In hoofdstuk vier worden deze knelpunten geïllustreerd aan de hand van hypothetische scenario’s. Het EHRM en het HvJ hebben zich tot op heden nog niet uitgesproken over deze knelpunten. Daarom wordt een inschatting gemaakt op basis van de analyse in hoofdstuk twee en volgt een oordeel van het EHRM en het HvJ op grond van een logische interpretatie.

Tot slot wordt in hoofdstuk vijf aan de hand van de bevindingen uit de eerdere hoofdstukken een antwoord geformuleerd op de normatieve hoofdvraag. Hieruit volgt tevens de eindconclusie en een aantal aanbevelingen.

**§1.4 Afbakening**

Het onderhavige onderzoek is op verschillende manieren afgebakend. Zo focust dit onderzoek op de betekenis van het nemo tenetur-beginsel zoals dat volgt uit de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. De reden hiervoor is dat het EVRM en het EU-recht normerend zijn voor het Nederlandse strafrecht. Nederland is verplicht om de rechten en vrijheden uit het EVRM te waarborgen, waaronder het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Dit geldt ook voor de rechten en vrijheden uit het EU-Handvest.

Om de hoofdvraag te kunnen beantwoorden, dient de definitie van de rechtspersoon afgebakend te worden. In het strafrecht wordt een autonome betekenis aan het begrip rechtspersoon toegekend.[[19]](#footnote-19) De betekenis van de rechtspersoon is in het strafrecht breder dan in het civiele recht: het strafrecht kent in artikel 51 lid 3 Sr rechtspersoonlijkheid toe aan entiteiten die krachtens het civiele recht geen rechtspersoonlijkheid hebben. Het gaat om de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (hierna: VOF), de maatschap, de rederij en het doelvermogen. Het doelvermogen is een restcategorie waarvan de wetgever de invulling aan de wetenschap en jurisprudentie heeft willen overlaten.[[20]](#footnote-20) Uit de jurisprudentie van de HR blijkt verder dat buitenlandse rechtspersonen ook onder de reikwijdte van artikel 51 Sr vallen.[[21]](#footnote-21) In deze scriptie wordt aangesloten bij bovenstaande strafrechtelijke betekenis van het begrip rechtspersoon.

Een ander belangrijk begrip is het zwijgrecht voortvloeiend uit artikel 29 Sv. Het zwijgrecht houdt in: het recht van een verdachte geen antwoord te hoeven geven op bepaalde vragen of slechts op één vraag.[[22]](#footnote-22) Het zwijgrecht vormt een onderdeel van het nemo tenetur-beginsel.[[23]](#footnote-23) De HR koppelt het zwijgrecht aan het nemo tenetur-beginselen benadrukt de autonome positie van de verdachte.[[24]](#footnote-24) Om de ratio’s van het zwijgrecht te achterhalen, is het noodzakelijk om te kijken naar de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit artikel 6 EVRM en het Handvest. Om deze reden staat in hoofdstuk twee het nemo tenetur-beginsel centraal. Andere rechten uit het EVRM en het Handvest worden in deze scriptie buiten beschouwing gelaten.[[25]](#footnote-25)

Ten slotte is deze scriptie ook relevant voor het bestuursrecht. In strafzaken waarin een verdenking is op een overtreding van de WED bestaat ook een bestuursrechtelijke mogelijkheid tot het opleggen van een straf.[[26]](#footnote-26) In het bestuursrecht is het zwijgrecht neergelegd in artikel 5:10 van de Algemene wet bestuursrecht. Het bestuursrecht wordt in deze scriptie echter buiten beschouwing gelaten. De focus wordt gelegd op het zwijgrecht van de rechtspersoon in het strafrecht.

# **Hoofdstuk 2 | Het nemo tenetur-beginsel**

In dit hoofdstuk staat het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit artikel 6 EVRM en artikel 47 en 48 Handvest centraal. Hierbij wordt geanalyseerd hoe het EHRM en het HvJ invulling geven aan het nemo tenetur-beginsel. De eerste deelvraag wordt beantwoord: *wat is de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht en geldt dit beginsel ook voor rechtspersonen?* Om deze vraag te beantwoorden, wordt in §2.1 aan de hand van de rechtspraak van het EHRM de betekenis en het toetsingskader van het nemo tenetur-beginsel besproken.[[27]](#footnote-27) In deze paragraaf wordt gekeken naar het positieve recht.

In §2.2 worden de verschillende ratio’s van het nemo tenetur-beginsel onderzocht. Deze ratio’s geven de grondslag achter het nemo tenetur-beginsel weer en bepalen grotendeels de reikwijdte en de invulling van het nemo tenetur-beginsel. Waar §2.1 richt zich op het positieve recht, gaat deze paragraaf in op de achterliggende rechtsgronden van het beginsel. In de rechtspraak van het EHRM worden vier verschillende ratio’s besproken die ten grondslag liggen aan het nemo tenetur-beginsel. Dit zijn het voorkomen van ongeoorloofde dwang, het tegengaan van rechterlijke dwalingen, de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid.[[28]](#footnote-28) Naarmate aan de ene ratio meer gewicht toekomt, kan de reikwijdte en invulling van het nemo tenetur-beginsel veranderen. Om deze reden is het van belang om de verschillende ratio’s en de onderlinge verhouding tussen die ratio’s te analyseren. Daarnaast wordt onderzocht hoe de verschillende ratio’s terugkomen in het toetsingskader van het nemo tenetur-beginsel. §2.3 richt zich vervolgens op de vraag of het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel ook voor rechtspersonen gelden. Aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ wordt onderzocht of aan rechtspersonen dezelfde reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel toekomt als aan natuurlijke personen. In §2.4 wordt een conclusie getrokken met betrekking tot de eerste deelvraag.

## **§2.1 De betekenis van het nemo tenetur-beginsel**

Het nemo tenetur-beginsel, ook bekend als *nemo tenetur prodere se ipsum,* houdt in dat niemand is gehouden (bewijs) tegen zichzelf te leveren of dat niemand kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken.[[29]](#footnote-29) Dit beginsel kent verschillende definities, zoals dat de verdachte niet verplicht is mee te werken aan zijn veroordeling, de verdachte niet verplicht is om mee te werken aan zijn proces en dat niemand gedwongen mag worden bewijs te leveren dat tegen hem wordt of zal worden gebruikt.[[30]](#footnote-30) Het EHRM duidt het nemo tenetur-beginsel aan met de term *the privilege against self-incrimination.*[[31]](#footnote-31)Volgens het EHRM heeft een ieder die beschuldigd wordt van een strafbaar feit het recht om te zwijgen en kan niemand gedwongen worden om aan zijn eigen veroordeling mee te werken.[[32]](#footnote-32) Het is aan de aanklager om een zaak te bewijzen met eerlijk verkregen bewijs, zonder dat de verdachte gedwongen wordt mee te werken aan zijn eigen veroordeling.[[33]](#footnote-33)

Hoewel het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht niet uitdrukkelijk worden genoemd in het EVRM, heeft het EHRM geoordeeld dat deze beginselen ingelezen moeten worden in artikel 6 lid 1 EVRM, het recht op een eerlijk proces. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel worden erkend als internationale normen die tot de kern van het recht op een eerlijk proces behoren.[[34]](#footnote-34) Iedere strafzaak dient eerlijk te verlopen, ongeacht de aard van de aanklacht. Of een strafzaak eerlijk is verlopen, hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. De rechten van de verdediging ten aanzien van het ingebrachte bewijs moeten worden gerespecteerd. Daaronder valt ook de wijze waarop het bewijs tegen de verdachte is verkregen. Dit aspect is met name van belang bij de beoordeling van het nemo tenetur-beginsel.[[35]](#footnote-35) De rechten in het EVRM dienen verder *practical* en *effective* te zijn en niet *theoretical* en *illusory*.[[36]](#footnote-36)

Artikel 6 EVRM is van toepassing vanaf het moment dat tegen een ieder een *criminal charge* is ingesteld.[[37]](#footnote-37) Het begrip *criminal charge* is een autonoom begrip en bestaat vanaf het moment dat een individu ervan op de hoogte wordt gebracht dat hij verdacht wordt van een strafbaar feit of als de autoriteiten handelingen hebben verricht waardoor diens situatie *substantially* *effected* is.[[38]](#footnote-38) Indien een rechterlijke einduitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, houdt de fase van de *criminal charge* in principe op.[[39]](#footnote-39)

In verschillende arresten heeft het EHRM getracht algemene uitgangspunten en richtlijnen te formuleren met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel. Vanwege de verwevenheid van dit beginsel met andere elementen van het recht op het eerlijk proces en vanwege casusspecifieke uitspraken is het lastig om in het algemeen te zeggen wat de strekking en reikwijdte is van het nemo tenetur-beginsel.[[40]](#footnote-40) Koops en Stevens spreken zelfs van een ‘groeiende duisternis’ rondom het nemo tenetur-beginsel.[[41]](#footnote-41) In de volgende paragrafen worden de belangrijkste elementen van het nemo tenetur-beginsel besproken.

### **§2.1.1 De erkenning van het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht**

Eén van de eerste arresten van het EHRM die als fundamentele ontwikkeling voor het nemo tenetur-beginsel kan worden gezien, is het arrest *Funke*. In dit arrest erkende het EHRM voor het eerst het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel.[[42]](#footnote-42) Het arrest *Funke* betreft de vraag in hoeverre een persoon door middel van strafrechtelijke sancties gedwongen kan worden om belastende informatie te verstrekken. Het EHRM concludeerde dat het nemo tenetur-beginsel uit artikel 6 lid 1 EVRM geschonden was, omdat de Franse douaneambtenaren de verlangde gegevens niet via een andere weg konden verkrijgen en het bestaan van de documenten onzeker was.[[43]](#footnote-43) Dat de opgelegde boetes volgens het wettelijk systeem gerechtvaardigd waren, vormde geen rechtvaardiging voor de inbreuk op het nemo tenetur-beginsel.[[44]](#footnote-44)

In een later arrest, het arrest *Murray*, oordeelde het EHRM dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel algemeen erkende internationale standaarden zijn die tot de kern van het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM behoren. Beide rechten beschermen de verdachte tegen onrechtmatige dwang van de overheid, voorkomen gerechtelijke dwalingen en dragen bij aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 6 EVRM.[[45]](#footnote-45) Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel zijn niet absoluut, waardoor het zwijgen van de verdachte kan worden meegenomen bij de beoordeling van het door de aanklager aangevoerde bewijs.[[46]](#footnote-46) Desondanks is het volgens het EHRM onacceptabel dat een veroordeling hoofdzakelijk op het zwijgen van de verdachte of op zijn weigering om vragen te beantwoorden wordt gebaseerd. [[47]](#footnote-47) Het EHRM spreekt van twee uitersten, waartussen een grens moet worden getrokken.[[48]](#footnote-48) Knigge onderscheidt twee vragen om te beoordelen of het trekken van negatieve conclusies uit het zwijgen van een verdachte inbreuk maakt op artikel 6 EVRM. De eerste vraag is of van het feit dat Murray’s zwijgen tegen hem gebruikt zou kunnen worden, een *improper compulsion* uitging om te spreken.[[49]](#footnote-49) In het arrest *Murray* werd de uitgeoefende dwang niet als ongeoorloofde dwang beschouwd.[[50]](#footnote-50) De tweede vraag houdt in of het *unfair or unreasonable* is om negatieve gevolgen te verbinden aan het zwijgen van de verdachte en of dit een inbreuk maakt op artikel 6 EVRM.[[51]](#footnote-51) Dit wordt beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Relevant is het gewicht dat nationale rechtbanken toekennen aan het zwijgen bij de beoordeling van het bewijs*.*[[52]](#footnote-52) Daarnaast moeten er voldoende waarborgen bestaan om te voorkomen dat de negatieve gevolgen die nationale rechtbanken verbinden aan het zwijgen niet verder gaan dan geoorloofd volgens artikel 6 EVRM. Waarborgen zijn bijvoorbeeld dat het proces plaatsvindt voor een ervaren rechter (niet voor een jury) en dat de verdachte gewaarschuwd is over dat aan het zwijgen conclusies kunnen worden verbonden.[[53]](#footnote-53) Het EHRM oordeelde daarnaast dat aan het zwijgen alleen negatieve gevolgen mogen worden verbonden wanneer het gaat om een zaak waarin reeds voldoende bewijsmateriaal aanwezig is. Er dient sprake te zijn van een *prima facie case:* de zaak dient bewijsbaar te zijn zonder rekening te houden met het feit dat de verdachte zich op zijn zwijgrecht beroept.[[54]](#footnote-54)

### **§2.1.2 Wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal**

In het arrest *Saunders* oordeelde het EHRM dat het nemo tenetur-beginsel primair gericht is op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen.[[55]](#footnote-55) Het EHRM maakt een onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Bewijs dat afhankelijk van de wil bestaat, waarvoor een bewuste spierbeweging noodzakelijk is, valt onder bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Materiaal dat onafhankelijk van de wil bestaat, bewijs dat een persoon niet met zijn wil kan veranderen, valt niet onder de bescherming van het beginsel.[[56]](#footnote-56) Met wilsonafhankelijk bewijsmateriaal bedoelt het EHRM inbeslaggenomen documenten, uitgeademde lucht (blaasproef), bloed- en urinemonsters en lichaamsweefsel voor DNA-onderzoek.[[57]](#footnote-57) Wilsafhankelijk bewijsmateriaal is bewijs dat alleen tot stand komt als de verdachte wil dat het bestaat, zoals een verklaring.[[58]](#footnote-58) Het nemo tenetur-beginsel biedt dus bescherming tegen het gebruik van onder dwang verkregen wilsafhankelijk bewijsmateriaal, maar niet tegen het gebruik van onder dwang verkregen wilsonafhankelijk materiaal.[[59]](#footnote-59) Deze uitspraak is verrassend gezien het arrest *Funke*, want in dit arrest werd een schending van het nemo tenetur-beginsel aangenomen terwijl het ging om de verplichte overhandiging van documenten (wilsonafhankelijk materiaal).[[60]](#footnote-60) Feteris schrijft dat het in het arrest *Funke* ging om het onzekere bestaan van de documenten. Het verzoek om overhandiging van de documenten kwam hierdoor neer op een verkapte vraag naar een verklaring omtrent het bestaan van de documenten.[[61]](#footnote-61)

Knigge schrijft dat het arrest *Saunders* ertoe leidt dat het nemo tenetur-beginsel nauwelijks nog een zelfstandige betekenis heeft naast het zwijgrecht. Bewijsmateriaal dat zich niet in het hoofd van de verdachte bevindt, kan immers altijd als onafhankelijk bewijsmateriaal worden gezien.[[62]](#footnote-62) Het enige bewijsmateriaal dat volgens hem afhankelijk van de wil is, zijn het spreken en het zwijgen van de verdachte. Het nemo tenetur-beginsel beperkt zich dus tot de vrijheid om al dan niet een verklaring af te leggen.[[63]](#footnote-63) Een genuanceerde oplossing volgens Knigge zou zijn dat inbreuken die niet in de sfeer van de verklaringsvrijheid liggen, getoetst moet worden op de redelijkheid.[[64]](#footnote-64) Rechters Martens en Kuris schrijven in hun dissenting opinion dat het in de moderne samenleving mogelijk moet zijn om de samenleving te beschermen tegen verschillende vormen van criminaliteit. Vooral het bredere nemo tenetur-beginsel (wilsonafhankelijk materiaal) kan door de wet worden beperkt om legitieme belangen van de samenleving te beschermen. Verdachten kunnen daarom gedwongen worden mee te werken aan bijvoorbeeld het afnemen van vingerdrukken of een DNA-test. Het algemeen belang bij het achterhalen van de waarheid prevaleert dan boven het nemo tenetur-beginsel.[[65]](#footnote-65)

### **§2.1.3 Een toetsingskader**

Na het arrest *Saunders* volgden meerdere arresten waarin het EHRM een toetsingskader heeft ontwikkeld voor de toepassing van het nemo tenetur-beginsel. In het arrest *Jalloh* oordeelde het EHRM dat het nemo tenetur-beginsel geschonden was omdat de Duitse opsporingsautoriteiten Jalloh gedwongen braakmiddel hadden toegediend ter verkrijging van een bolletje cocaïne als bewijsmateriaal.[[66]](#footnote-66) Hoewel het bewijsmateriaal als wilsonafhankelijk materiaal werd aangemerkt, oordeelde het EHRM in dit arrest dat het nemo tenetur-beginsel was geschonden.[[67]](#footnote-67) Het EHRM spreekt in het arrest over meerdere omstandigheden waardoor het wilsonafhankelijk materiaal zich onderscheid van de voorbeelden genoemd in het arrest *Saunders*.[[68]](#footnote-68) Volgens Koops leidt het oordeel van het EHRM in het arrest *Jalloh* tot een verfijning van het onderscheid tussen het wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal. Koops schrijft dat de nadruk niet op het *bestaan* van materiaal buiten de wil van de verdachte ligt, maar op het *verkrijgen* van materiaal buiten de wil van de verdachte.[[69]](#footnote-69) Bij het wilsonafhankelijk materiaal genoemd in het arrest *Saunders*, zoals adem, urine of DNA-monsters, gaan deze twee samen. Wanneer het echter gaat om materiaal dat niet door de normale lichaamsfuncties wordt geproduceerd, gaan het bestaan en de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal meer uiteenlopen.[[70]](#footnote-70) De verdachte moet meer inspanning leveren voor het materiaal dat onafhankelijk van zijn wil bestaat. In het arrest *Jalloh* was het bolletje cocaïne wilsonafhankelijk materiaal, maar legt het EHRM meer nadruk op dat het bewijs wordt verkregen tegen de wil van de verdachte en minder nadruk op dat het materiaal onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat.[[71]](#footnote-71)

In het arrest *Jalloh* formuleert het EHRM vier criteria om te beoordelen of het nemo tenetur-beginsel is geschonden.[[72]](#footnote-72) Het eerste criteria is *the nature and degree of compulsion* (de aard en mate van de toegepaste dwang): dit criterium onderzoekt of sprake is van ongeoorloofde dwang (*improper compulsion*).[[73]](#footnote-73) Dit is een noodzakelijke voorwaarde voor een schending van het nemo tenetur-beginsel: de autoriteiten moeten gebruik hebben gemaakt van een ongeoorloofd middel bij de bewijsvergaring door een (1) ongeoorloofde *aard* van dwang of (2) ongeoorloofde *mate* van dwang te gebruiken of (3) relevante *waarborgen* niet te volgen.[[74]](#footnote-74) Het nemo tenetur-beginsel beschermt hiermee niet tegen het afleggen van een belastende verklaring, maar tegen het verkrijgen van bewijs doormiddel van dwang of onderdrukking.[[75]](#footnote-75) Het EHRM formuleert geen duidelijke criteria over wanneer de dwang ongeoorloofd is, maar geeft wel handvatten. De *aard* van de dwang kan bestaan uit geldstraffen, gevangenisstraffen, tortuur en onmenselijke of vernederende behandeling, schending van het recht op respect voor privéleven en schending van andere eerlijk procesrechtelijke-onderdelen.[[76]](#footnote-76) Indien de aard van de dwang bestaat uit een gevangenisstraf of een schending van het folterverbod, wordt aangenomen dat dit ongeoorloofde dwang is. De mate van dwang is irrelevant.[[77]](#footnote-77) Bij geldboetes is de *mate* van dwang belangrijker. Geldboetes worden door het EHRM soms toegestaan: het hoogst toegestane geldbedrag is duizend Britse ponden.[[78]](#footnote-78) Daarnaast heeft het EHRM bepaald dat schendingen van artikel 3 EVRM ongeoorloofde dwang opleveren, maar dat schendingen van artikel 8 EVRM geen ongeoorloofde dwang opleveren.[[79]](#footnote-79) De omzeiling van andere eerlijk procesrechtelijke-onderdelen zoals geen vrije toegang tot een advocaat, het niet kunnen uitoefenen van het zwijgrecht of het tot strafbaar feit uitlokken van de verdachte kunnen ook worden gezien als ongeoorloofde dwang.[[80]](#footnote-80) In het arrest *Ibrahim* beschrijft het EHRM drie situaties van ongeoorloofde dwang. Ten eerste wanneer een verdachte onder dreiging van sancties gedwongen wordt te getuigen en daardoor getuigt of wordt bestraft omdat hij weigert te getuigen. Ten tweede indien fysieke of psychologische druk wordt uitgeoefend, vaak in de vorm van een behandeling die in strijd is met artikel 3 EVRM, om verklaringen te verkrijgen. Ten derde wanneer autoriteiten een ‘list’ gebruiken om informatie te verkrijgen die zij tijdens het verhoor niet konden verkrijgen.[[81]](#footnote-81)

Het tweede criteria is *the* *relevant safeguards in the procedure* (het bestaan van relevante waarborgen in de procedure)*.*[[82]](#footnote-82)Dit criterium bepaalt mede of er sprake is van (on)geoorloofde dwang. Gedragingen die mogelijk geoorloofd zijn, kunnen door afwezigheid van relevante waarborgen als ongeoorloofd worden bestempeld.[[83]](#footnote-83) Het gaat om procedurele waarborgen die effectief en voldoende de mate van dwang reduceren.[[84]](#footnote-84) Er wordt bijvoorbeeld gekeken naar de mogelijkheid om terug te komen op de eerdere verklaringen die onder dwang zijn afgelegd en de mogelijkheid om als verdachte tegenbewijs te bieden.[[85]](#footnote-85) Het niet volgen van procedurele waarborgen is in sommige gevallen op zichzelf voldoende om ongeoorloofde dwang aan te nemen.[[86]](#footnote-86)

Het derde criteria is *the use to which any material obtained is put* (waartoe het verkregen bewijsmateriaal wordt gebruikt): dit criterium bekijkt de rol van het verkregen bewijs in de strafprocedure*.*[[87]](#footnote-87) Het gaat bij dit criteria om de vraag of de veroordeling hoofdzakelijk berust op het wilsafhankelijk bewijsmateriaal dat onder dwang van de verdachte is verkregen of dat daar meerdere bewijsmiddelen aan ten grondslag liggen.[[88]](#footnote-88)Als het bewijs niet wordt gebruikt voor de bewezenverklaring of de straftoemeting, is het besmette bewijs als het ware ‘geheeld’. De verdachte heeft geen belang bij een beroep op een schending van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit artikel 6 EVRM.[[89]](#footnote-89)In welke mate het bewijsmateriaal ‘gebruikt’ moet worden, is onduidelijk. De aard en mate van dwang bepalen namelijk voor een groot deel welke wijze van gebruik onrechtmatig is. De doorwerking van de aard en mate van dwang komt duidelijk naar voren bij schendingen van artikel 3 EVRM. Eenschending van het folterverbod leidt vrijwel altijd tot een schending van artikel 6 EVRM schending. Het bewijs kan niet worden gebruikt voor de bewezenverklaring.[[90]](#footnote-90) Bij een onmenselijke of vernederende behandeling hangt het af van de omstandigheden van het geval en dient bekeken te worden wat de consequentie voor de eerlijkheid van de procedure is. Het laatste criteria is *the* *weight of the public interest* (het algemeen belang)*.* Dit criterium betreft het algemeen belang bij het gebruik van het bewijs om de veroordeling van de verdachte te verzekeren.[[91]](#footnote-91) In het arrest *De Legé,* waarin het EHRM een verduidelijking van het toetsingskader geeft, wordt dit criterium niet genoemd. Om deze reden wordt dit criterium niet verder besproken. Volgens Koops fungeren bovenstaande factoren als communicerende vaten: hoe ernstiger de toegepaste dwang is om het bewijs te verkrijgen, hoe meer de dwang omgeven moet zijn met procedurele waarborgen en hoe minder belangrijk het bewijs mag zijn in de bewezenverklaring.[[92]](#footnote-92)

In het recente arrest *De Legé* heeft het EHRM het toetsingskader voor het nemo tenetur-beginsel verder verfijnd. In vergelijking met het arrest *Jalloh* biedt het arrest *De Legé* meer overzicht. In dit arrest toont het EHRM aan dat eerst gekeken moet worden naar de toepasbaarheid van het nemo tenetur-beginsel. Vervolgens dient beoordeeld te worden of het bewijs wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk is en als laatst worden de criteria uit het arrest *Jalloh* genoemd. Zowel het arrest *Jalloh* als het arrest *De Legé* worden door het EHRM aangemerkt als *key case.*[[93]](#footnote-93)Het EHRM herhaalt in het arrest *De Legé* dat het nemo tenetur-beginsel inhoudt dat niemand mag worden gehouden zichzelf te belasten. Dit beginsel valt uiteen in een zwijgrecht en een meeromvattend recht om zichzelf niet te belasten.[[94]](#footnote-94) Om binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel te vallen, moet zijn voldaan aan twee voorwaarden. Er moet sprake zijn van enige vorm van dwang en er dient sprake te zijn van een *criminal charge* of belastende informatie die onder dwang is verkregen en in een latere straf- of boeteprocedure wordt gebruikt.[[95]](#footnote-95) Als voldaan is aan deze twee voorwaarden, moet worden beoordeeld of er sprake is van wilsonafhankelijk of wilsafhankelijk bewijsmateriaal.[[96]](#footnote-96) Het nemo tenetur-beginsel strekt zich uit tot wilsafhankelijk materiaal en in beginsel niet tot wilsonafhankelijk materiaal, dit materiaal mag wel worden gebruikt in de strafprocedure.[[97]](#footnote-97) In de context van het financieel recht is hieraan toegevoegd dat indien het gaat om wilsonafhankelijk materiaal waarvan de autoriteiten geen wetenschap hebben van het bestaan van de documenten (*fishing expedition*) of waarvan die niet van belang zijn voor het onderzoek, het wilsonafhankelijk materiaal valt onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel.[[98]](#footnote-98)

In gevallen waarin het nemo tenetur-beginsel van toepassing is, wordt onderzocht of de procedure een schending van artikel 6 EVRM oplevert. Bekeken wordt of de mate van dwang *the very essence* van het nemo tenetur-beginsel aantast, waardoor het onverenigbaar is met het recht op een eerlijk proces als het bewijs wordt gebruikt. Niet iedere vorm van dwang hoeft de kern van het nemo tenetur-beginsel aan te tasten en tot een schending van artikel 6 EVRM te leiden.[[99]](#footnote-99) Of de procedure als geheel beschouwd eerlijk (*the overall fairness*) is verlopen, wordt beoordeeld aan de hand van de factoren uit het arrest *Jalloh*: *the nature and degree of the compulsion*, *the existence of any relevant safeguards in the procedure* en *the use to which any material so obtained is put*.[[100]](#footnote-100) Indien het folterverbod uit artikel 3 EVRM geschonden is, is er bij voorbaat geen recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Dit geldt zowel bij wilsafhankelijk materiaal als wilsonafhankelijk materiaal dat in de procedure wordt gebruikt.[[101]](#footnote-101) Met dit arrest heeft het EHRM handvatten gegeven om in concrete gevallen te beoordelen of er sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel en het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. In de volgende paragraaf worden de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel onderzocht.

## **§2.2 De ratio’s van het nemo tenetur-beginsel**

Om inzicht te krijgen in waarom het nemo tenetur-beginsel een belangrijk beginsel is binnen de rechtspraak van het EHRM, is het belangrijk om de rechtsgronden van dit beginsel te analyseren. In de literatuur worden doorgaans vier ratio’s onderscheiden, te weten het voorkomen van ongeoorloofde dwang, het tegengaan van rechterlijke dwalingen, de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid.[[102]](#footnote-102) Naarmate aan één van de ratio’s meer gewicht toekomt, kunnen de reikwijdte en de invulling van het nemo tenetur-beginsel verschuiven.[[103]](#footnote-103) Het EHRM maakt echter niet duidelijk op welke ratio de nadruk ligt. Hierdoor blijft het onduidelijk wat precies de reikwijdte en de invulling van het nemo tenetur-beginsel is.[[104]](#footnote-104) In de volgende paragrafen worden deze ratio’s besproken.

### **§2.2.1 Het voorkomen van ongeoorloofde dwang**

Volgens rechtspraak van het EHRM ligt de ratio van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel *onder meer* in het voorkomen van ongeoorloofde dwang, hetgeen bijdraagt aan het tegengaan van rechterlijke dwalingen en de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 6 EVRM.[[105]](#footnote-105) De visie van het voorkomen van ongeoorloofde dwang is vooral bedoeld als instructienorm voor de overheid om geen ontoelaatbare druk op de verdachte uit te oefenen om zichzelf te beschuldigen. Het voorkomen van ongeoorloofde dwang komt voort uit het martelverbod waarvan men in de achttiende eeuw inzag dat het onmenselijk was.[[106]](#footnote-106) In deze visie hangt het nemo tenetur-beginsel sterk samen met het zwijgrecht van de verdachte: het gaat vooral om het voorkomen van fysieke of psychische druk op de verdachte om hem verklaringen te ontlokken.[[107]](#footnote-107) In het arrest *Jalloh* wordt deze ratio bevestigd: het EHRM oordeelt dat het nemo tenetur-beginsel is geschonden wanneer de verdachte met behulp van absoluut verboden methoden gedwongen wordt bewijs te leveren tegen zijn wil in. Dat gegeven impliceert zelf-incriminatie, hetgeen in strijd is met de kern van het nemo tenetur-beginsel.[[108]](#footnote-108)

### **§2.2.2 De menselijke waardigheid**

De menselijke waardigheid wordt gezien als spiegelbeeld van het voorkomen van ongeoorloofde dwang.[[109]](#footnote-109) Deze visie bekijkt het pressieverbod namelijk vanuit de kant van de verdachte: het is inhumaan iemand te dwingen om aan zijn eigen veroordeling mee te werken.[[110]](#footnote-110) De menselijke waardigheid veronderstelt dat ieder mens een intrinsieke en onvervreemdbare waarde heeft die het beschermen waard is, ongeacht persoonlijke kenmerken of omstandigheden.[[111]](#footnote-111) De menselijke waardigheid ziet de mens aan de ene kant als een autonoom wezen dat individuen de vrijheid biedt om naar eigen inzicht te kiezen en handelen. Aan de andere kant ziet het de mens als hulpbehoevend wezen dat inhoudt dat de mens te hulp geschoten dient te worden wanneer kernwaarden van een menswaardig bestaan in het gedrang komen.[[112]](#footnote-112) In relatie tot het nemo tenetur-beginsel is de gedachte dat het onmenselijk is een verdachte te confronteren met het dilemma van jezelf beschuldigen door de waarheid te spreken of gestraft te worden wegens niet-meewerken.[[113]](#footnote-113) De menselijke waardigheid is door het EHRM benoemd in de arresten *Jalloh* en *Gäfgen*.[[114]](#footnote-114) In deze arresten was sprake van een schending van artikel 3 EVRM wegens onmenselijke behandeling. In die context werd de menselijke waardigheid als essentieel beschouwd omdat een dergelijke behandeling de kern van een menswaardig bestaan aantast.

### **§2.2.3 De procesautonomie van de verdachte**

Samenhangend met de menselijke waardigheid, maar met een andere nadruk, is de visie dat het nemo tenetur-beginsel een uitdrukking is van de procesautonomie van de verdachte.[[115]](#footnote-115) De erkenning van de verdachte als volwaardige procespartij impliceert dat hij in beginsel vrij is zijn processtrategie te bepalen. Een verdachte mag zelf bepalen welk bewijs hij naar voren brengt tijdens het onderzoek en de terechtzitting.[[116]](#footnote-116) Deze ratio echoot het idee van een accusatoir strafproces, waar de nadruk ligt op de verdachte als procespartij.[[117]](#footnote-117) De procesautonomie van de verdachte hangt samen met de onschuldpresumptie voortvloeiend uit artikel 6 lid 2 EVRM en het beginsel omtrent de verdeling van de bewijslast.[[118]](#footnote-118) Dit houdt in dat een strafvervolging in beginsel alleen gelegitimeerd is wanneer de justitiële autoriteiten zelf het bewijs van het strafbare feit aandragen.[[119]](#footnote-119) Het beschermen van de autonomie van een verdachte is, in tegenstelling tot het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen, niet uitdrukkelijk erkend als ratio van het nemo tenetur-beginsel.[[120]](#footnote-120) Wel zijn in verschillende arresten aanknopingspunten te vinden waarin het EHRM waarde hecht aan de persoonlijke autonomie van de verdachte. In het arrest *Saunders* overweegt het EHRM dat wanneer de overheid een verdachte wil vervolgen, de overheid zelf met bewijs moet komen.[[121]](#footnote-121) Rechters Martins en Kuris oordelen dat de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen nauwelijks kunnen verklaren waarom het zwijgrecht en het nemo tenetur- beginsel de kern vormen van het recht op een eerlijk proces.[[122]](#footnote-122) Deze verklaring moet worden gezocht in het respecteren van de autonomie en de menselijke waardigheid van een verdachte.[[123]](#footnote-123)

### **§2.2.4 Het tegengaan van rechterlijke dwalingen**

Tegenover de procesautonomie, dat het belang van de verdachte vooropstelt, staat de ratio van het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Deze ratio stelt het belang van de materiële waarheidsvinding voorop en hangt samen met de ratio van het voorkomen van ongeoorloofde dwang.[[124]](#footnote-124) De betrouwbaarheid van het bewijs en het voorkomen van rechterlijke dwalingen worden vaak als reden genoemd voor het onderscheid tussen wilsonafhankelijk en wilsafhankelijk materiaal. Dit komt doordat gedwongen medewerking de betrouwbaarheid van wilsafhankelijk materiaal meer beïnvloed dan die van wilsonafhankelijk materiaal.[[125]](#footnote-125) Uit onderzoek blijkt dat verklaringen van verdachten die onder fysieke en/of psychische druk worden gezet vaak ten grondslag liggen aan rechterlijke dwalingen.[[126]](#footnote-126) De ratio van het voorkomen van rechterlijke dwalingen is voor het eerst door het EHRM benoemd in het arrest *Murray*. Het EHRM oordeelde dat het nemo tenetur-beginsel twee functies heeft, te weten het tegengaan van rechterlijke dwalingen en het garanderen van de doelstellingen van artikel 6 EVRM.[[127]](#footnote-127) Dit wordt door het EHRM in het arrest *Saunders* in enigszins andere woorden herhaald.[[128]](#footnote-128)

### **§2.2.5 De verhouding tussen de ratio’s**

Zoals vermeld in §2.2.1 erkent het EHRM het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen uitdrukkelijk als ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM oordeelt echter dat deze twee ratio’s niet uitputtend zijn, aangezien het EHRM spreekt van ‘onder meer’ bij de verwijzing naar de rechtsgronden van het nemo tenetur-beginsel. Dit suggereert dat het EHRM andere ratio’s erkent naast het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Het arrest *Saunders* introduceerde een onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal. Dit leidde tot een discussie over de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel.[[129]](#footnote-129) Enerzijds wordt bepleit dat het EHRM met dit onderscheid de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel heeft verengd tot het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Verklaringen kunnen namelijk onbetrouwbaar zijn, terwijl documenten en/of lichaamsmaterialen niet minder betrouwbaar worden wanneer deze onvrijwillig worden verkregen.[[130]](#footnote-130) Anderzijds betogen rechters Martens en Kuris in hun dissenting opinion dat het EHRM de autonomie en menselijke waardigheid als rechtsgrond heeft aanvaard ter rechtvaardiging van het nemo tenetur-beginsel. Het absolute karakter van deze rechtsgrond heeft volgens hen geleid tot de beperking van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Voor zover een verdachte invloed kan uitoefenen op de verkrijging en de inhoud van bewijs, moet de verdachte op basis van de persoonlijke autonomie vrij zijn om te beslissen of hij al dan niet meewerkt aan het leveren van bewijs.[[131]](#footnote-131)

Het is onduidelijk aan welke ratio van het nemo tenetur-beginsel het EHRM de meeste waarde hecht. Desondanks kunnen, op basis van de rechtspraak van het EHRM en het toetsingskader van het nemo tenetur-beginsel, een aantal conclusies worden getrokken over de verhouding tussen de ratio’s. Uit de rechtspraak van het EHRM, waarin kentekenhouders de verplichting hebben om te verklaren over de identiteit van bestuurders ten tijde van een geregistreerde verkeersovertreding, blijkt dat de persoonlijke autonomie van de bestuurder minder belangrijk wordt geacht dan het algemeen belang van effectieve handhaving van het wegenverkeersrecht.[[132]](#footnote-132) Het EHRM oordeelt dat degenen die ervoor kiezen om motorvoertuigen te bezitten, bepaalde verantwoordelijkheden en verplichtingen hebben aanvaard, waaronder te informeren over de identiteit van de bestuurder op het moment van een overtreding.[[133]](#footnote-133) Deze informatieverplichting kan leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel omdat de eigenaar van een voertuig zelf de bestuurder kan zijn geweest. Het EHRM overweegt echter dat de verplichting om dit eenvoudige feit te vermelden geen inbreuk maakt op het nemo tenetur-beginsel gezien het algemene belang van handhaving. Hoewel de autonomie van verdachten een ratio van het nemo tenetur-beginsel is, weegt het belang van de effectieve handhaving van het wegenverkeersrecht zwaarder bij het afdwingen van een verklaring van kentekenhouders.[[134]](#footnote-134)

De ratio’s van het nemo tenetur-beginsel liggen ten grondslag aan het toetsingskader dat is uiteengezet in het arrest *De Legé*.[[135]](#footnote-135) Een voorwaarde om binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel te vallen, is dat er sprake moet zijn van enige vorm van druk of dwang. Het belang van de ratio van het voorkomen van ongeoorloofde dwang komt in deze voorwaarde tot uitdrukking. Het is tevens zó belangrijk dat er enige mate van dwang wordt uitgeoefend, want anders valt een handeling niet binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. In het onderscheid dat het EHRM heeft gemaakt tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk spelen alle vier de ratio’s een rol. Het EHRM lijkt echter de nadruk te leggen op de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Bij de beoordeling van het recht op een eerlijk proces, houdt het EHRM rekening met de verschillende factoren uit het arrest *Jalloh*: *the nature and degree of the compulsion*, *the existence of any relevant safeguards in the procedure* en *the use to which any material so obtained is put*. Deze factoren weerspiegelen de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel, waarbij de aard en mate van dwang de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en daarmee het tegengaan van rechterlijke dwalingen weerspiegelt. Het criterium waartoe het verkregen materiaal wordt gebruikt, weerspiegelt de ratio van de procesautonomie van de verdachte. Indien het materiaal niet wordt gebruikt bij de bewezenverklaring, behoudt de verdachte de mogelijkheid om zijn eigen processtrategie te bepalen.

Afbeelding met tekst, lijn, ontvangst, schermopname

Automatisch gegenereerde beschrijvingDe bovenstaande analyse toont aan dat er niet één doorslaggevende ratio van het nemo tenetur-beginsel is. Het EHRM spreekt niet voor niets over ‘onder meer’ bij de verwijzing naar de rechtsgronden van het nemo tenetur-beginsel. Mijns inziens is de achtergrond van het nemo tenetur-beginsel gelegen in een samenhang van de vier verschillende ratio’s.[[136]](#footnote-136) Koops illustreert deze samenhang als volgt:[[137]](#footnote-137)

Koops schrijft dat het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen aan de ene kant van de medaille staan en de procesautonomie en de menselijke waardigheid aan de andere kant.[[138]](#footnote-138) Verticaal is er sprake van een tegenstelling. De procesautonomie en de menselijke waardigheid leggen de nadruk op het belang van de verdachte, terwijl het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen de nadruk op het belang van de opsporing leggen.[[139]](#footnote-139) De procesautonomie en de menselijke waardigheid interpreteren het nemo tenetur-beginsel breder waardoor ook wilsonafhankelijk bewijsmateriaal onder het nemo tenetur-beginsel valt. Het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen beperken zich tot wilsafhankelijk bewijsmateriaal.[[140]](#footnote-140) Uit de bovenstaande analyse lijkt het EHRM het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen belangrijker te vinden dan de procesautonomie en de menselijke waardigheid.[[141]](#footnote-141) Het EHRM spreekt uitdrukkelijk over het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen als ratio’s van het nemo tenetur-beginsel, terwijl dit niet het geval is bij de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid. Daarnaast wordt enige vorm van dwang gezien als voorwaarde om binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel te vallen: dit toont het belang van het voorkomen van ongeoorloofde dwang aan. Als laatst lijkt de ratio van het voorkomen van ongeoorloofde dwang absoluut te zijn, terwijl de ratio van de persoonlijke autonomie in sommige gevallen minder belangrijk wordt geacht dan het algemeen belang van effectieve handhaving. Dit kan erop duiden dat het EHRM de opsporing zwaarder vindt wegen dan de persoonlijke autonomie en de menselijke waardigheid van de verdachte.[[142]](#footnote-142) In de volgende paragraaf wordt ingegaan op het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen.

## **§2.3 Het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen**

Het HvJ is de hoogste rechterlijke instantie van de Europese Unie (hierna: EU). Het HvJ heeft als hoofdopdracht het verzekeren van de eerbiediging van het recht bij de uitleg en toepassing van het EU-recht.[[143]](#footnote-143) De algemene beginselen van het EU-recht zijn in het Handvest vastgelegd.[[144]](#footnote-144) Waar het EHRM het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht onderkent op basis van het EVRM, onderkent het HvJ deze rechten op basis van het Handvest.[[145]](#footnote-145) Net zoals in het EVRM, zijn in het Handvest het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel niet uitdrukkelijk vastgelegd.[[146]](#footnote-146) In artikel 47 en 48 Handvest zijn het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en het vermoeden van onschuld neergelegd. Het HvJ verwijst naar artikel 52 lid 3 Handvest en oordeelt dat bij de uitleg van artikel 47 en 48 Handvest rekening moet worden gehouden met de corresponderende rechten uit artikel 6 EVRM.[[147]](#footnote-147) Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt namelijk dat, voor zover het Handvest rechten bevat die overeenkomen met rechten uit het EVRM, de inhoud en de reikwijdte daarvan hetzelfde zijn als die door het EVRM daaraan worden toegekend.[[148]](#footnote-148) In het arrest *DB t. Consob* heeft het HvJ geoordeeld dat het nemo tenetur-beginsel aan natuurlijke personen toekomt zoals dat volgt uit de rechtspraak van het EHRM.[[149]](#footnote-149) Dit arrest is in zekere zin een primeur, want het HvJ spreekt zich voor het eerst uit over het zwijgrecht ten aanzien van natuurlijke personen en buiten het kader van het mededingingsrecht.[[150]](#footnote-150)

Het was immers tot het arrest *DB t. Consob* onduidelijk of het HvJ zich volledig zou aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM over het zwijgrecht van natuurlijke personen. Het EHRM hanteert namelijk een relatief ruime interpretatie van het zwijgrecht van natuurlijke personen, terwijl het HvJ in het mededingingsrecht slechts een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen.[[151]](#footnote-151) In het arrest *Orkem t. Commissie* oordeelde het HvJ dat rechtspersonen waartegen een onderzoek loopt naar een mogelijke inbreuk van mededingingsregels, verplicht zijn om actief mee te werken aan het onderzoek.[[152]](#footnote-152) Aan rechtspersonen komt slechts een zwijgrecht toe wanneer zij verplicht worden antwoord te geven op vragen, waarmee zij in wezen toegeven het mededingingsrecht te hebben geschonden.[[153]](#footnote-153) In latere jurisprudentie oordeelde het HvJ dat het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht niet belemmeren dat een rechtspersoon verplicht is inlichtingen over feiten te verstrekken, zelfs als de Europese Commissie met deze inlichtingen kan bewijzen dat de rechtspersoon het mededingingsrecht heeft geschonden.[[154]](#footnote-154) Het HvJ heeft dit standpunt later meermaals bevestigd.[[155]](#footnote-155) Het HvJ erkent hiermee dat aan rechtspersonen een beperkter zwijgrecht toekomt dan aan natuurlijke personen. Het HvJ hanteert steeds vaker een uniforme uitleg van de grondbeginselen van het EU-recht binnen verschillende rechtsgebieden.[[156]](#footnote-156) De uitleg van het HvJ inzake het zwijgrecht van rechtspersonen binnen het mededingingsrecht geldt derhalve mogelijk ook voor strafrechtelijke zaken.

Het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen in zowel de reikwijdte als de toepassing van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel komt duidelijk naar voren in de EU-richtlijn 2016/343. Deze richtlijn betreft de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en het recht om bij het proces aanwezig te zijn in strafprocedures.[[157]](#footnote-157) De EU-wetgever bepaalt dat de onschuldpresumptie verschillende behoeften en gradaties van bescherming kent ten aanzien van natuurlijke personen en rechtspersonen.[[158]](#footnote-158) Zoals vermeld, is de reikwijdte van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van het HvJ meer beperkt voor rechtspersonen dan natuurlijke personen.[[159]](#footnote-159) De EU-Richtlijn 2016/343 houdt rekening met deze verschillen en is daarom alleen van toepassing op natuurlijke personen.[[160]](#footnote-160) De EU-wetgever overweegt dat het voorbarig is om op EU-niveau wetgevend op te treden op het gebied van de onschuldpresumptie van rechtspersonen in de huidige staat van de nationale wetgeving en jurisprudentie.[[161]](#footnote-161) Volgens het HvJ gaat een absoluut zwijgrecht voor rechtspersonen verder dan noodzakelijk is voor de bescherming van de verdedigingsrechten en belemmert het de commissie in de taak om toe te zien op de naleving van de mededingingsregels. Het vereiste om de doeltreffendheid van het mededingingsrecht te waarborgen noopt ertoe het zwijgrecht af te wegen tegen het algemene belang dat ten grondslag ligt aan de vervolging van inbreuken op het mededingingsrecht.[[162]](#footnote-162)

Dat een absoluut zwijgrecht voor rechtspersonen volgens het HvJ verder gaat dan noodzakelijk, is te verklaren vanuit het feit dat het zwijgrecht van rechtspersonen voornamelijk gebaseerd is op de ratio van de procesautonomie. De ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen, zijn bij de rechtspersoon minder snel in het geding. Een persoon die namens een rechtspersoon verklaart, zal het dreigen met een boete anders ervaren. De persoon wordt immers niet zelf aangesproken, maar het is de rechtspersoon die aangesproken wordt. Dit geeft de manier waarop dwang wordt ervaren een andere dynamiek die een verschillende reikwijdte van het zwijgrecht rechtvaardigt.[[163]](#footnote-163) Het HvJ lijkt dus waarde te hechten aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen doordat het HvJ het zwijgrecht van de rechtspersoon heeft beperkt.

Het is te betwisten of het EHRM een beperkt zwijgrecht voor rechtspersonen aanvaardt. Hoewel rechtspersonen niet in het EVRM worden genoemd, deelt het EHRM de opvatting dat rechtspersonen net als natuurlijke personen in beginsel aanspraak kunnen maken op mensenrechten.[[164]](#footnote-164) Over de schending van mensenrechten kunnen rechtspersonen een klacht indienen bij het EHRM.[[165]](#footnote-165) Het is onduidelijk of rechtspersonen zich op alle rechten uit het EHRM kunnen beroepen, maar aangenomen wordt dat aan een rechtspersoon in ieder geval het verdedigingsrecht van artikel 6 EVRM toekomt.[[166]](#footnote-166) Het EHRM gaat ervan uit dat artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing is op rechtspersonen die van strafbare feiten worden beschuldigd als op natuurlijke personen.[[167]](#footnote-167) In de rechtspraak van het EHRM is tot op heden geen arrest gewezen waarin een rechtspersoon zich specifiek beroept op het nemo tenetur-beginsel in het kader van een strafrechtelijke procedure.[[168]](#footnote-168) In het arrest *SA-capital OY* oordeelt het EHRM echter wel over een rechtspersoon die zich beroept op artikel 6 EVRM. Het EHRM overweegt dat de *overall fairness of the proceedings* van artikel 6 EVRM als geheel moet worden beoordeeld, waarbij rekening moet worden gehouden met de specifieke aard en omstandigheden van de zaak. Het EHRM hield in zijn beoordeling rekening met het feit dat in mededingingsrechtelijke procedures voornamelijk boetes opgelegd worden aan rechtspersonen en niet aan natuurlijke personen.[[169]](#footnote-169) Daarnaast hield het rekening met het sterke publieke belang dat is gemoeid bij effectieve handhaving van het mededingingsrecht.[[170]](#footnote-170) Het EHRM houdt bij rechtspersonen in de beoordeling van de *overall fairness of the proceedings* van artikel 6 EVRM dus wel rekening met extra factoren. Dit betekent echter niet dat het EHRM de verdedigingsrechten uit artikel 6 EVRM meer beperkt voor rechtspersonen dan voor natuurlijke personen.

Het is opmerkelijk dat de EU-Richtlijn 2016/343 in het geheel geen bescherming biedt aan rechtspersonen.[[171]](#footnote-171) De EU-Richtlijn 2016/343 geeft namelijk aan dat geen enkele bepaling van de richtlijn mag worden opgevat als beperking of afwijking van de rechten en procedurele waarborgen die zijn vastgelegd in het EVRM.[[172]](#footnote-172) Dit is momenteel wel het geval: het HvJ verklaart de EU-Richtlijn niet van toepassing op rechtspersonen, terwijl het EHRM rechtspersonen niet uitsluit van deze rechten. Het EHRM heeft tot op heden geen uitspraak gedaan over de vraag of aan rechtspersonen dezelfde reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel moet toekomen als aan natuurlijke personen.

Enerzijds ligt het in de rede dat het EHRM geen beperking zal aanbrengen op de reikwijdte van het zwijgrecht voor rechtspersonen. Het EHRM heeft namelijk geoordeeld dat artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing is op rechtspersonen die van strafbare feiten worden beschuldigd als natuurlijke personen.[[173]](#footnote-173) Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel worden in artikel 6 EVRM ingelezen en gelden dus op dezelfde manier voor verdachte rechtspersonen. Daarnaast heeft het EHRM de mogelijkheid gehad om artikel 6 EVRM voor rechtspersonen te beperken, te weten in het arrest *SA-capital OY*, maar heeft deze mogelijkheid niet aangegrepen. Als het EHRM artikel 6 EVRM voor rechtspersonen had willen beperken, had deze beperking zich in dit arrest voorgedaan.

Anderzijds bestaan er aanwijzingen dat het EHRM een mogelijke beperking van het zwijgrecht en nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen in de toekomst gaat aannemen. Allereerst wordt in het arrest *SA-capital OY* geoordeeld dat de *overall fairness of the proceedings* van artikel 6 EVRM als geheel moet worden beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke aard en omstandigheden van de zaak. In deze beoordeling hield het EHRM rekening met het feit dat in het mededingingsrecht voornamelijk boetes opgelegd worden aan rechtspersonen en het publieke belang dat gemoeid is bij effectieve handhaving van het mededingingsrecht.[[174]](#footnote-174) Hiermee creëert het EHRM de mogelijkheid om bij de beoordeling van *the* *overall fairness of the proceedings* rekening te houden met extra factoren voor rechtspersonen. In het algemeen belang kunnen deze extra factoren nadelig uitwerken voor de verdedigingsrechten van de rechtspersoon. Uit de rechtspraak van het EHRM wordt duidelijk dat het mogelijk is dat de rechten van de rechtspersoon dienen te wijken voor de maatschappelijke belangen. Dit kan leiden tot een beperking van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel van de rechtspersoon.

Daarnaast blijkt uit §2.2.5 dat het EHRM de meeste waarde lijkt te hechten aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Deze ratio’s zijn minder snel in het geding bij rechtspersonen dan natuurlijke personen. Het zijn vooral natuurlijke personen die door het nemo tenetur-beginsel beschermd moeten worden tegen martelpraktijken.[[175]](#footnote-175) De ratio’s die ertoe geleid hebben om het nemo tenetur-beginsel toe te kennen aan natuurlijke personen, gaan derhalve maar voor een deel op voor rechtspersonen. Het nemo tenetur-beginsel van rechtspersonen is voornamelijk gebaseerd op de ratio van de procesautonomie. Het ligt daarom in de rede dat aan rechtspersonen slechts een beperkt zwijgrecht toekomt.

Als laatste hoeft het verkrijgen van feitelijke informatie waarmee iemand zichzelf mogelijk kan incrimineren niet noodzakelijkerwijs het nemo tenetur-beginsel te schenden. Dit blijkt uit de uitspraken van het EHRM inzake het wegenverkeersrecht.[[176]](#footnote-176) Kentekenhouders van voertuigen zijn verplicht om te verklaren over de identiteit van de bestuurder ten tijde van een verkeersovertreding. Het beantwoorden van die vraag kan ertoe leiden dat kentekenhouders zichzelf incrimineren. Het EHRM overwoog dat het vermelden van dit eenvoudige feit geen inbreuk maakt op het nemo tenetur-beginsel gezien de aard van het verkregen bewijs en het algemeen belang.[[177]](#footnote-177) Dit oordeel kan erop duiden dat feitelijke informatie van rechtspersonen kan worden verlangd, ook wanneer zij zichzelf hiermee kunnen incrimineren, zonder dat dit het nemo tenetur-beginsel schendt. Of dit daadwerkelijk het geval is, is onduidelijk, want bij rechtspersonen gaat het verschaffen van feitelijke informatie verder dan het enkel vermelden van de identiteit van een bestuurder.[[178]](#footnote-178)

Concluderend bestaat er een discrepantie tussen het HvJ en het EHRM aangaande de interpretatie van het zwijgrecht van rechtspersonen. Het is momenteel onduidelijk of het EHRM het zwijgrecht van rechtspersonen in de toekomst zal gaan beperken, maar het is wenselijk dat hierover op korte termijn een oordeel volgt.

## **§2.4 Deelconclusie**

In dit hoofdstuk is het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit artikel 6 EVRM geanalyseerd aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM. Het nemo tenetur-beginsel houdt in dat dat niemand is gehouden (bewijs) tegen zichzelf te leveren. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel vormen de kern van het recht op een eerlijk proces voortvloeiend uit artikel 6 EVRM. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel worden niet uitdrukkelijk in het EVRM genoemd, maar het EHRM heeft geoordeeld dat deze beginselen ingelezen dienen te worden in artikel 6 lid 1 EVRM. Het EHRM heeft in verschillende arresten een toetsingskader voor het nemo tenetur-beginsel geformuleerd waarbij specifieke criteria zoals de aard van de dwang, de procedurele waarborgen en waartoe het verkregen bewijs gebruikt wordt een rol spelen. Een belangrijk aspect van het nemo tenetur-beginsel is het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk bewijsmateriaal. Het EHRM overweegt dat wilsafhankelijk materiaal, zoals verklaringen die door de verdachte worden afgelegd, onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel valt. Wilsonafhankelijk bewijsmateriaal, waaronder documenten of bloed- en urinemonsters, valt in beginsel niet onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel. Door verschillende nuances in de jurisprudentie van het EHRM is het echter mogelijk dat het wilsonafhankelijk bewijsmateriaal onder de bescherming van het nemo tenetur-beginsel valt.

Aan het nemo tenetur-beginsel liggen verschillende ratio’s ten grondslag die van invloed zijn op de reikwijdte van het beginsel. De vier ratio’s die worden onderscheiden zijn het voorkomen van ongeoorloofde dwang, het tegengaan van rechterlijke dwalingen, de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid. Het EHRM erkent uitdrukkelijk het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen als ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. Het EHRM spreekt echter over ‘onder meer’ bij de verwijzing naar de rechtsgronden van het nemo tenetur-beginsel, wat suggereert dat ook de procesautonomie en de menselijke waardigheid van belang zijn. De analyse in dit hoofdstuk toont aan dat er geen ‘alomvattende’ ratio is voor het nemo tenetur-beginsel. De vier ratio’s dienen in samenhang beschouwd te worden. Het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen focussen zich op de opsporing. De procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid stellen de verdachte centraal. In de samenhang tussen deze ratio’s lijkt het EHRM de nadruk te leggen op het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt immers dat de autonomie van de verdachte in sommige gevallen minder zwaar weegt dan het algemeen belang, terwijl het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen absoluut lijken te zijn.

Het HvJ heeft geoordeeld dat in het kader van het EU-recht aan natuurlijke personen het nemo tenetur-beginsel toekomt zoals die volgt uit de rechtspraak van het EHRM. Het HvJ kent aan rechtspersonen evenwel een beperkter zwijgrecht toe. Het HvJ oordeelt dat het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht niet belemmeren dat een rechtspersoon verplicht is inlichtingen over feiten te verstrekken, zelfs als de Europese Commissie met deze inlichtingen kan bewijzen dat de rechtspersoon het mededingingsrecht heeft geschonden. Een beperkt zwijgrecht voor rechtspersonen geldt mogelijk ook voor strafrechtelijke zaken, want het HvJ hanteert steeds vaker een uniforme uitleg van de grondbeginselen van het EU-recht. Het HvJ oordeelt dat een absoluut zwijgrecht voor rechtspersonen verder gaat dan noodzakelijk. Dit is te verklaren vanuit het feit dat het zwijgrecht van rechtspersonen voornamelijk gebaseerd is op de ratio van de procesautonomie. De ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen zijn bij rechtspersonen minder snel in het geding dan bij natuurlijke personen. Het onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen in zowel de reikwijdte als de toepassing van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel komt duidelijk naar voren in de EU-richtlijn 2016/343. In deze richtlijn komt het nemo tenetur-beginsel slechts aan natuurlijke personen toe. Dit is opmerkelijk, want de EU-richtlijn geeft aan dat geen enkele bepaling van de richtlijn mag worden opgevat als beperking of afwijking van de rechten en procedurele waarborgen die zijn vastgelegd in het EVRM. Het EHRM gaat er momenteel vanuit dat artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing is op rechtspersonen die van strafbare feiten worden beschuldigd als op natuurlijke personen.

Momenteel is artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing op natuurlijke personen als rechtspersonen. Dat het EHRM het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen nog niet beperkt heeft, kan suggereren dat het EHRM geen beperking heeft willen aanbrengen. Uit de analyse in dit hoofdstuk blijkt echter dat het EHRM mogelijk een beperkt zwijgrecht aan rechtspersonen zal toekennen. Het EHRM heeft namelijk de mogelijkheid gecreëerd om bij de beoordeling van *the* *overall fairness of the proceedings* rekening te houden met extra factoren voor rechtspersonen. Deze extra factoren kunnen in het algemeen belang nadelig uitwerken voor de verdedigingsrechten van de rechtspersoon. Bovendien blijkt uit de analyse in dit hoofdstuk dat het EHRM de meeste waarde lijkt te hechten aan de ratio’s het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Deze twee ratio’s zijn minder snel in het geding bij rechtspersonen dan bij natuurlijke personen. Dit zou een mogelijke beperking van het zwijgrecht van rechtspersonen kunnen rechtvaardigen.

Concluderend laat dit hoofdstuk een gedetailleerde weergave zien van de betekenis en de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel zoals uitgelegd door het EHRM en het HvJ.

# **Hoofdstuk 3 | De Nederlandse rechtspraktijk inzake het zwijgrecht van de rechtspersoon**

In dit hoofdstuk wordt onderzocht hoe het zwijgrecht van verdachte rechtspersonen in de Nederlandse rechtspraktijk is geregeld. De tweede deelvraag wordt beantwoord: *op welke wijze kunnen rechtspersonen, via de procespositie van hun vertegenwoordigers en werknemers, hun zwijgrecht uitoefenen tijdens de opsporings- en vervolgingsfase in Nederland?* In §3.1 wordt de rechtspersoon als verdachte in het strafrecht besproken. Besproken wordt hoe de rechtspersoon als verdachte in het strafrecht is gekomen en wat de beweegredenen van de wetgever zijn geweest om de rechtspersoon als verdachte op te nemen in artikel 51 Sr. In §3.2 wordt bekeken wat de procespositie van werknemers in de opsporingsfase is. Voor werknemers is in het wetboek van Strafvordering niet geregeld of zij als getuige of verdachte gehoord moeten worden in de opsporingsfase. Het is belangrijk om te onderzoeken welke positie werknemers innemen omdat zij vaak essentieel zijn voor het verzamelen van bewijs voor strafbare feiten begaan door rechtspersonen.

In §3.3 wordt onderzocht wat de procespositie is van vertegenwoordigers van een rechtspersoon tijdens de opsporingsfase. Artikel 528 Sv regelt de vertegenwoordiging van rechtspersonen tijdens de vervolgingsfase, maar voor de opsporingsfase is wettelijk niks geregeld. Vanaf het moment dat de rechtspersoon als verdachte in de zin van artikel 27 lid 1 Sv wordt aangemerkt, wordt het probleem van wie deze verdachte rechtspersoon kan vertegenwoordigen actueel. Onduidelijk is wie de vertegenwoordigers van rechtspersonen in de opsporingsfase zijn. Geanalyseerd wordt of de vertegenwoordigers in deze fase ook het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen uitoefenen of dat aan mogelijke vertegenwoordigers bijvoorbeeld een verschoningsrecht moet toekomen.

In §3.4 wordt de vertegenwoordigingsregeling van de rechtspersoon voortvloeiend uit artikel 528 Sv behandeld. Artikel 528 Sv regelt de vertegenwoordiging van verdachte rechtspersonen tijdens de vervolgingsfase. Deze paragraaf analyseert welke personen bevoegd zijn om de rechtspersoon te vertegenwoordigen tijdens de vervolgingsfase en welke procespositie de vertegenwoordigers hebben. In de vervolgingsfase lijkt het zwijgrecht van rechtspersonen gewaarborgd te zijn, maar ook in deze fase doen zich verschillende problemen voor. Deze problemen worden geanalyseerd. Voor deze volgorde in onderworpen is gekozen omdat dit aansluit bij de chronologische volgorde van rechtspersonen die verdacht worden van een strafbaar feit. Eerst wordt informatie verzameld door de opsporingsambtenaren in de opsporingsfase en vervolgens komt de vervolgingsfase pas aanbod. In §3.4 wordt een voorlopige conclusie gegeven.

## **§3.1 De rechtspersoon in het strafrecht**

Sinds 1976 kent het Nederlandse strafrecht een algemene regeling van daderschap en strafbaarheid van rechtspersonen in artikel 51 Sr.[[179]](#footnote-179) Artikel 51 Sr luidt thans als volgt:

“1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.

2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.

3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.”

In de bepaling wordt vastgesteld dat indien een rechtspersoon een strafbaar feit heeft gepleegd of aan een strafbaar feit heeft deelgenomen, die rechtspersoon daarvoor vervolgd en gestraft kan worden.[[180]](#footnote-180) Daarnaast biedt het artikel in lid 2 de mogelijkheid om ter zake van hetzelfde delict diegenen te vervolgen en te straffen, die tot het door de rechtspersoon begane strafbare feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gegeven.[[181]](#footnote-181) In lid 3 worden de VOF, de maatschap, de rederij en het doelvermogen gelijkgesteld met de rechtspersoon. Met de invoering van dit artikel is de rechtspersoon een volwaardig rechtssubject in het Nederlandse strafrecht geworden.[[182]](#footnote-182) Artikel 51 Sr lijkt uit te gaan van een volledige gelijkschakeling met natuurlijke personen. Bovendien ontbreken bijzondere regels voor rechtspersonen in andere wetten.[[183]](#footnote-183) Artikel 51 Sr impliceert overigens niet dat elk delict door een rechtspersoon kan worden gepleegd: niet ieder rechtssubject is normadressaat van elke strafbepaling.[[184]](#footnote-184) Doordat rechtspersonen als volwaardig rechtssubject worden beschouwd, hebben verdachte rechtspersonen, net als natuurlijke personen, aanspraak op verschillende rechten en plichten. Wanneer rechtspersonen als verdachte wordt aangemerkt in de zin van artikel 27 Sv, komt aan hen het zwijgrecht en de cautieplicht uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv toe. In de volgende paragraaf wordt de geschiedenis van de rechtspersoon in het strafrecht besproken.

### **§3.1.1 De ontstaansgeschiedenis van artikel 51 Sr**

Het Nederlandse strafrecht kende lange tijd een klassieke, uitsluitend op de natuurlijke persoon ingerichte opvatting.[[185]](#footnote-185) Deze klassieke opvatting vindt zijn grondslag in de achttiende en negentiende eeuw en kwam tot stand onder invloed van schrijvers Von Feuerbach en Von Savigny.[[186]](#footnote-186) De HR deelde deze opvatting: “*alleen physieke personen kunnen gestraft worden*”, maar erkende dat de wet anders kon bepalen. De HR hield hiermee de mogelijkheid open voor de wetgever om in specifieke wetgeving te bepalen dat de rechtspersoon alsnog strafbaar kon zijn.[[187]](#footnote-187) Ook de Nederlandse wetgever huldigde bij de totstandkoming van het wetboek van Strafrecht de klassieke opvatting. De wetgever schreef in de toelichting op het wetboek van Strafrecht in 1886: “*de fictie der regtspersoonlijkheid geldt niet op het gebied van het strafregt.*”[[188]](#footnote-188)

De algemene aanvaarding van de rechtspersoon als strafrechtelijk subject is gaandeweg de twintigste eeuw gegroeid.[[189]](#footnote-189) Dit kwam onder andere door het toenemen van het aantal bijzondere wetten in de economische sfeer die bestuurders strafrechtelijk aansprakelijk stelden voor strafbare feiten die waren begaan binnen een rechtspersoon.[[190]](#footnote-190) In 1943 werd een regeling ingevoerd waarmee rechtspersonen formeel strafrechtelijk aansprakelijk gesteld konden worden. Deze regeling werd opgenomen in artikel 6 van het Economisch Sanctiebesluit van 1941, met wijzigingen in 1943.[[191]](#footnote-191) Dit artikel omschreef de omstandigheden waaronder een rechtspersoon een strafbaar feit zou kunnen begaan, de vertegenwoordigingsregeling tijdens de vervolging en enkele voorschriften met betrekking tot bestraffing en tenuitvoerlegging.[[192]](#footnote-192) In 1950 werd deze bepaling zonder noemenswaardige wijzigingen overgenomen in artikel 15 lid 1 WED (oud).[[193]](#footnote-193) Nadat in het economisch strafrecht ervaring was opgedaan met de rechtspersoon als verdachte, volgde uiteindelijk ook de erkenning van de rechtspersoon als verdachte in het commune strafrecht.[[194]](#footnote-194) Dit leidde in 1976 tot het loslaten van de klassieke opvatting van het strafrecht. In artikel 51 Sr werd de algemene regeling van het daderschap van de rechtspersoon en de vervolgbaarheid van zowel de rechtspersoon, als de opdrachtgever en de feitelijk leidinggever vastgelegd.[[195]](#footnote-195) Met de komst van artikel 51 Sr is de rechtspersoon in het Nederlandse strafrecht een volwaardig rechtssubject geworden.[[196]](#footnote-196)

### **§3.1.2 De opvatting van de wetgever**

Met de komst van artikel 15 lid 1 WED in 1951 werd de algemene regel dat rechtspersonen economische delicten konden begaan en dat zij daarvoor vervolgd en bestraft konden worden.[[197]](#footnote-197) In de parlementaire discussie rees de vraag of artikel 15 WED daadwerkelijk nodig, billijk en praktisch was.[[198]](#footnote-198) Na een bevestigend antwoord, wilde eigenlijk niemand ingaan op de belangwekkende theoretische kwesties, welke deze strafbaarstelling deed rijzen.[[199]](#footnote-199) In de MvT bij artikel 15 WED benadrukte de wetgever dat hij de ontwikkeling van het leerstuk niet in de weg wilde staan. De wetgever heeft daarom geen nadere keuzes gemaakt over verschillende belangrijke kwesties met betrekking tot de strafbaarheid van rechtspersonen.[[200]](#footnote-200) A-G Langemeijer schrijft dat de wetgever ruimte heeft willen laten voor rechterlijke beslissingen om te oordelen over bepaalde onderwerpen, zoals over de voorwaarden die moeten zijn vervuld om aan te nemen dat een rechtspersoon een opzettelijk delict heeft gepleegd.[[201]](#footnote-201) Mogelijk heeft de wetgever hier ook ruimte willen laten voor de rechter om zich te buigen over de processuele aspecten van een rechtspersoon.

In 1976 werd de algemene regeling van de strafbaarheid van rechtspersonen vastgelegd in artikel 51 Sr. De wetgever overwoog in de MvT bij artikel 51 Sr dat de strafbaarstelling van rechtspersonen in de bijzondere wetten, zoals de WED, nauwelijks problemen heeft opgeleverd.[[202]](#footnote-202) De rechtspraak en het OM zijn al tientallen jaren vertrouwd met de rechtspersoon en het wetsontwerp houdt geen principiële vernieuwing in.[[203]](#footnote-203) De constructie van de strafbaarheid van rechtspersonen wordt slechts veralgemeend en levert een bijdrage aan de vereenvoudiging van de wetgeving.[[204]](#footnote-204) Uiteenlopende en soms onvolledige wettelijke voorschriften in andere bijzondere wetten kunnen vervallen.[[205]](#footnote-205) Verder schrijft de wetgever dat de opvatting dat een rechtspersoon geen strafbare feiten kan plegen, aansloot bij een tijd waarin het strafrecht uitsluitend gedragingen bestreek waarvoor een natuurlijk persoon rechtstreeks verantwoordelijk kon worden gesteld.[[206]](#footnote-206) In de jaren daarna is het strafrecht echter een steeds belangrijkere rol gaan innemen voor het economische verkeer. Het strafrecht werd gezien als instrument van een noodzakelijk geachte ordening.[[207]](#footnote-207) Dat rechtspersonen in het Nederlandse strafrecht als rechtssubject zijn geaccepteerd, sluit aan bij de maatschappelijke realiteit waarin rechtspersonen bestaan, optreden en belangrijke rollen vervullen.[[208]](#footnote-208)

De mogelijkheid van het aansprakelijk stellen van rechtspersonen is sluipenderwijs in ons rechtssysteem gekomen: van bijzondere regelingen naar een algemene regeling. Het mag duidelijk zijn dat de wetgever zich nooit diepgaand over de strafbaarheid van rechtspersonen heeft gebogen.[[209]](#footnote-209) De regeling is vooral abstract, weinig uitgewerkt en niet specifiek op rechtspersonen toegesneden.[[210]](#footnote-210) Doorenbos schrijft dat de strafrechtelijke aansprakelijk van de rechtspersoon zich aanzienlijk sneller heeft ontwikkeld dan zijn rechtsbescherming: de vragen van materieel-strafrechtelijke aard hebben vooral veel aandacht gekregen. De vragen op het terrein van het strafprocesrecht leken minder prangend.[[211]](#footnote-211) In de literatuur werd voorgesteld om voor rechtspersonen een specifiek corporatiestrafrecht te creëren, maar daar werd vanaf gezien.[[212]](#footnote-212) De procedurele regels voor natuurlijke personen gelden hiermee in het algemeen ook ten aanzien van rechtspersonen.[[213]](#footnote-213) De wetgever heeft volstaan met enkele procesrechtelijke voorschriften omtrent de vervolging en berechting van rechtspersonen zoals de vertegenwoordiging in het strafproces en de betekening van gerechtelijke stukken in artikel 528 Sv e.v.[[214]](#footnote-214) Onduidelijk is of de wetgever rechtspersonen in het strafrecht gelijk heeft willen stellen met natuurlijke personen, of dat de wetgever simpelweg niet heeft nagedacht over het bijzondere karakter van rechtspersonen.

### **§3.1.3 Het zwijgrecht voortvloeiend uit artikel 29 Sv**

Artikel 27 Sv bepaalt dat een verdachte een persoon is waartegen uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit. Een verdachte, als bedoeld in artikel 27 Sv, kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn.[[215]](#footnote-215) Zodra er sprake is van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit, kan de verdachte zich beroepen op een aantal wettelijke rechten.[[216]](#footnote-216) Op grond van artikel 29 lid 1 Sv heeft de verdachte een zwijgrecht ten aanzien van vragen die betrekking hebben op zijn verhoor.[[217]](#footnote-217) Het zwijgrecht waarborgt dat een verdachte zijn verdediging naar eigen inzicht mag uitvoeren.[[218]](#footnote-218) In artikel 29 lid 2 Sv is de cautieplicht omschreven. Dit is de verplichting van een verhorende rechter of ambtenaar om de verdachte te mededelen dat hij ten aanzien van verhoorvragen niet verplicht is tot antwoorden.[[219]](#footnote-219) Hoewel het nemo tenetur-beginsel niet is verankerd in ons nationale strafprocesrecht, vloeit uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv een zeker zwijgrecht voort. Bovendien is het nemo tenetur-beginsel van belang voor de normering van de Nederlandse strafrechtspleging. In artikel 6 EVRM ligt namelijk besloten dat, in geval van een *criminal charge*, aan de verdachte het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel toekomen.[[220]](#footnote-220) Met de invoering van artikel 51 Sr kan een rechtspersoon als verdachte worden aangemerkt. Rechtspersonen kunnen dus ook een beroep doen op artikel 29 Sv en op artikel 6 EVRM.[[221]](#footnote-221) In overeenstemming met het EHRM heeft de HR erkend dat artikel 6 EVRM niet alleen geldt voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen.[[222]](#footnote-222) In de arresten van de HR, waarin een rechtspersoon zich beroept op artikel 6 EVRM, toetst de HR zonder enig voorbehoud aan artikel 6 EVRM.[[223]](#footnote-223)

## **§3.2 De procespositie van werknemers in de opsporingsfase**

In de opsporingsfase is het gebruikelijk dat de werknemers van een rechtspersoon worden ondervraagd wanneer de rechtspersoon verdacht wordt van een strafbaar feit. De werknemers leggen vaak belastende verklaringen af tegenover de rechtspersoon.[[224]](#footnote-224) Het wetboek van Strafvordering bevat geen regeling waarin duidelijk wordt of werknemers als getuige of verdachte gehoord moeten worden.[[225]](#footnote-225) Een mogelijke reden dat de wetgever dit niet geregeld heeft, is dat er hoofdzakelijk praktische redenen ten grondslag hebben gelegen aan de erkenning van rechtspersonen in het strafrecht.[[226]](#footnote-226) Aan dogmatische vraagstukken, zoals aan welke personen binnen de rechtspersoon het zwijgrecht moet toekomen, is minder aandacht besteed.[[227]](#footnote-227) In de opsporingsfase leidt dit tot veel verwarring, want aan welke natuurlijke personen van een rechtspersoon het zwijgrecht en de cautieplicht uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv toekomt, schrijft de wet niet voor.[[228]](#footnote-228) Doordat de wetgever geen regeling heeft getroffen, heeft de wetgever dit probleem wellicht over willen laten aan de rechtspraktijk. Tot op vandaag de dag bestaat echter geen duidelijkheid over wie het zwijgrecht en de cautie uit kan oefenen ten behoeve van de rechtspersoon in de opsporingsfase. Dit leidt tot rechtsonzekerheid voor verdachte rechtspersonen.[[229]](#footnote-229) Dat de wetgever geen regeling heeft getroffen is bovendien opmerkelijk, aangezien werknemers vaak van essentieel zijn voor de bewijsvergaring van strafbare feiten begaan door een rechtspersoon.

In de praktijk worden werknemers in de opsporingsfase als getuige gehoord ten aanzien van een verdachte rechtspersoon. Aan deze werknemers komt het zwijgrecht van de rechtspersoon niet toe.[[230]](#footnote-230) De werknemers zijn geen verdachte en kunnen de rechtspersoon ook niet vertegenwoordigen.[[231]](#footnote-231) In de jurisprudentie van de HR wordt dit bevestigd: aan werknemers van rechtspersonen komt geen afgeleid, zelfstandig zwijgrecht toe in de opsporingsfase. Werknemers worden dus niet aangemerkt als verdachte, maar zijn getuige.[[232]](#footnote-232) Dat aan werknemers geen zwijgrecht toekomt, betekent niet dat zij als getuige verplicht zijn om te verklaren indien zij verhoord worden door opsporingsambtenaren. Werknemers hebben enkel een plicht om te verklaren wanneer zij als getuige worden verhoord door de rechter-commissaris (hierna: RC) of door de zittingsrechter. De getuige die bij de RC of zittingsrechter niet aan zijn verplichting voldoet, is strafbaar.[[233]](#footnote-233) Een probleem in de praktijk is dat werknemers zich niet bewust zijn van het feit dat zij niet verplicht zijn om te verklaren tegenover opsporingsambtenaren, waardoor werknemers ongewild belastende verklaringen afleggen over de rechtspersoon.[[234]](#footnote-234) In de opsporingsfase is hiermee een belangrijke taak weggelegd voor rechtspersonen: zij dienen hun werknemers in algemene zin te instrueren. De rechtspersoon kan werknemers bijvoorbeeld instrueren om in een strafrechtelijk onderzoek geen verklaringen af te leggen en opsporingsambtenaren door te verwijzen naar het bestuur of een andere leidinggevende.[[235]](#footnote-235) Een andere oplossing is dat de wetgever een nemo tenetur-verschoningsrecht toekent aan werknemers. Hiermee kunnen werknemers zich verschonen van het beantwoorden van vragen indien een werknemer daardoor de rechtspersoon zou blootstellen aan een strafrechtelijke veroordeling.[[236]](#footnote-236) Hiermee wordt de onduidelijkheid omtrent de procespositie van werknemers weggenomen en wordt het zwijgrecht van de rechtspersoon gewaarborgd in de opsporingsfase.

Ondanks het feit dat de jurisprudentie van de HR heeft bevestigd dat aan werknemers van rechtspersonen geen afgeleid zwijgrecht toekomt, pleiten meerdere schrijvers ervoor om het afgeleid zwijgrecht toch toe te kennen aan werknemers. Met als gevolg dat ook aan hen voor het verhoor de cautie dient te worden gegeven.[[237]](#footnote-237) De grondslag voor deze ruime personele werkingssfeer van het afgeleide zwijgrecht wordt door meerdere schrijvers gevonden in de wijze waarop de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon wordt geconstrueerd.[[238]](#footnote-238) Het daderschap van een rechtspersoon wordt gebaseerd op het handelen (of nalaten) van een persoon die werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon.[[239]](#footnote-239) Het gedrag van de werknemers wordt in materieelrechtelijke zin aan de rechtspersoon toegerekend. In formeelrechtelijke zin zouden werknemers zich dan ook op een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon moeten kunnen beroepen.[[240]](#footnote-240) Doorenbos vindt dat het zwijgrecht en de cautieplicht uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv moet gelden voor alle werknemers die worden ondervraagd over hun werkzaamheden ten behoeve van de rechtspersoon. Doorenbos schrijft dat het uiteindelijk de werknemers zijn die *de facto* in de hand hebben wat overblijft van het zwijgrecht van de rechtspersoon.[[241]](#footnote-241) Bovendien is het in overeenstemming met het ‘aansprakelijkheidsdenken’. Binnen deze benadering wordt de rechtspersoon als een zelfstandige entiteit beschouwd die zich in het maatschappelijk verkeer beweegt door gedragingen en uitlatingen van werknemers, die als de eigen gedragingen van de rechtspersoon worden aangemerkt.[[242]](#footnote-242) Daarnaast is het niet meteen duidelijk welke werknemers de meest relevante kennis hebben of de meest relevante gedragingen hebben verricht. Derhalve is het overbodig en inconsequent om werknemers die verder van het strafbare feit af staan, anders te bejegenen dan werknemers die er meer te maken mee hebben.[[243]](#footnote-243)

Er zijn ook verschillende schrijvers die stellen dat niet aan iedere werknemer het afgeleide zwijgrecht moet toekomen. Het afgeleide zwijgrecht dient slechts toe te komen aan de werknemers die vallen binnen het kader van de wijze waarop de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een verdachte rechtspersoon wordt geconstrueerd. Dit houdt in dat alleen de werknemers wiens gedrag of kennis bruikbaar is voor het vestigen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon, een beroep moeten kunnen doen op het afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon.[[244]](#footnote-244) Met een afgeleid zwijgrecht worden de werknemers van de rechtspersoon niet als verdachte zelf gezien, maar kunnen zij een beroep doen op het afgeleid zwijgrecht van de verdachte rechtspersoon.[[245]](#footnote-245)

In de literatuur zijn verschillende schrijvers tegen een afgeleid zwijgrecht voor werknemers.[[246]](#footnote-246) Myjer betoogt dat louter in drie gevallen het zwijgrecht toekomt aan de verdachte rechtspersoon: aan personen die zichzelf door het beantwoorden van vragen kunnen belasten, aan de bestuurders in artikel 528 Sv en de gemachtigden van de bestuurders als bedoeld in artikel 528 Sv.[[247]](#footnote-247) Volgens Myjer is het onvoldoende overtuigend en te transparant om de werknemers die direct betrokken zijn anders te behandelen dan werknemers die getuigen niet-verdachten zijn.[[248]](#footnote-248) Ook Jörg heeft meerdere bezwaren geuit. Het zwijgrecht bestaat ten eerste om de rechtspersoon als normadressaat te beschermen en niet de werknemers.[[249]](#footnote-249) Ten tweede wordt het strafrechtelijke begrip van vertegenwoordiger materieel te ver opgerekt indien aan werknemers het afgeleid zwijgrecht toekomt.[[250]](#footnote-250)

Zoals hierboven besproken is in de literatuur het laatste woord nog niet gesproken over of aan werknemers van een rechtspersoon een afgeleid zwijgrecht zou moeten toekomen. De rechtspraak biedt echter weinig ruimte voor deze discussie: de HR oordeelt dat aan werknemers geen afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon toekomt in de opsporingsfase. De werknemer kan niet als verdachte worden aangemerkt en is slechts getuige. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de procespositie van de vertegenwoordigers van een rechtspersoon in de opsporingsfase.

## **§3.3 De procespositie van vertegenwoordigers in de opsporingsfase**

In 1976 introduceerde de wetgever een wettelijke regeling in artikel 528 Sv voor de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in de vervolgingsfase van een strafproces. In de literatuur is het onderwerp van discussie of deze vertegenwoordigingsregeling, voortvloeiend uit artikel 528 Sv, ook van toepassing is in de opsporingsfase.[[251]](#footnote-251) Onder opsporing wordt het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de OvJ met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen verstaan.[[252]](#footnote-252) In de opsporingsfase kan het voorkomen dat de rechtspersoon nog geen beslissing heeft genomen over welke bestuurder hem tijdens de vervolgingsfase zal vertegenwoordigen. Dit zou een mogelijke verklaring kunnen zijn voor het ontbreken van een wettelijke regeling in de opsporingsfase. Opsporingsambtenaren kunnen ‘profiteren’ van het feit dat een wettelijke regeling in de opsporingsfase ontbreekt door bestuurders van rechtspersonen te horen als getuige.[[253]](#footnote-253) De wetgever heeft destijds echter toegestaan dat een bestuurder van de rechtspersoon in de opsporingsfase als getuige kan worden gehoord: “*het proces-verbaal van een verhoor van een als getuige gehoorde bestuurder van een rechtspersoon, die nadien op de terechtzitting de rechtspersoon blijkt te vertegenwoordigen, zal dus wel degelijk aan het bewijs kunnen medewerken, ook indien die bestuurder ter terechtzitting zijn eerder afgelegde verklaring herroept.*”[[254]](#footnote-254) Dit lijkt te suggereren dat artikel 528 Sv niet geldt in de opsporingsfase.

Torringa schrijft dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest om alle personen die in aanmerking komen voor de vertegenwoordiging van de rechtspersoon een zwijgrecht te verlenen. In de opsporingsfase is het vaak onduidelijk wie de rechtspersoon in de vervolgingsfase gaat vertegenwoordigen waardoor meerdere personen aanspraak kunnen maken op het zwijgrecht. Een ruime interpretatie van het zwijgrecht zou de bewijsvergaring te zeer belemmeren.[[255]](#footnote-255) Artikel 528 Sv van toepassing verklaren op de opsporingsfase is daarom niet wenselijk volgens Torringa. Alle mogelijke vertegenwoordigers moeten volgens Torringa als getuige gehoord worden. Zij kunnen geen beroep doen op het in artikel 29 Sv gelegen zwijgrecht en dienen geen cautie te krijgen.[[256]](#footnote-256) Het zwijgrecht kan door de rechtspersoon in de opsporingsfase niet worden uitgeoefend.[[257]](#footnote-257) Ook Wortel schrijft dat het zwijgrecht, ontleend aan de status van de verdachte rechtspersoon, aan geen enkele persoon binnen de rechtspersoon toekomt zolang opsporingshandelingen tegen de rechtspersoon als geheel zijn gericht.[[258]](#footnote-258) Tijdens de opsporingsfase staat vaak nog niet vast wie de rechtspersoon zal gaan vertegenwoordigen tijdens het strafproces. Alle bestuurders komen daarvoor in aanmerking en dat leidt ertoe dat opsporingsambtenaren, voordat de rechtspersoon een vertegenwoordiger heeft aangewezen, iedere bestuurder als vertegenwoordiger moet behandelen.[[259]](#footnote-259) Dit betekent dat elke bestuurder zich uit hoofde van zijn functie kan beroepen op een zwijgrecht, waarmee in feite een functioneel verschoningsrecht in de zin van artikel 218 Sv wordt gecreëerd.[[260]](#footnote-260)

Aan de andere kant pleiten verschillende schrijvers om artikel 528 Sv van toepassing te verklaren op de opsporingsfase.[[261]](#footnote-261) De opvattingen over de toepassing van 528 Sv verschillen. Lensing schrijft dat naar analogie van de regeling van artikel 528 Sv de rechtspersoon één persoon moet kunnen aanwijzen die hem vertegenwoordigt in de opsporingsfase.[[262]](#footnote-262) Jörg is van mening dat als een rechtspersoon verdacht wordt van bepaalde feiten, deze rechtspersoon in de gelegenheid moet worden gesteld een procesvertegenwoordiger aan te wijzen die het zwijgrecht uitoefent namens de rechtspersoon. Dit moet gebeuren voordat de verhoren plaatsvinden. Wijst de rechtspersoon niet binnen een redelijke termijn een vertegenwoordiger aan, dan hoeft er volgens Jörg geen cautie te worden gegeven.[[263]](#footnote-263) Ook de Vries-Leemans is van mening dat aan de vertegenwoordiger van een rechtspersoon in de opsporingsfase het afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon toekomt en dient voor het verhoor de cautie uit artikel 29 lid 2 Sv te krijgen. De vertegenwoordiger dient niet als getuige gehoord te worden, want anders wordt het zwijgrecht in de vervolgingsfase illusoir. Het zwijgrecht heeft geen betekenis meer indien de vertegenwoordiger een verklaring heeft afgelegd tijdens de opsporingsfase die meewerkt als bewijs.[[264]](#footnote-264)

Doorenbos is ook van mening dat de vertegenwoordigingsregeling van artikel 528 Sv in de opsporingsfase moet gelden.[[265]](#footnote-265) De centrale positie van bestuurders binnen de rechtspersoon brengt met zich mee dat bestuurders per definitie vertegenwoordigers zijn in de opsporingsfase. Zij dienen als vertegenwoordiger gehoord te worden en moeten vooraf de cautie uit artikel 29 lid 2 Sv krijgen.[[266]](#footnote-266) Het is irrelevant of de opsporingsambtenaar de bestuurder aanmerkt als verdachte of getuige. Gezien de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders moet worden aangenomen dat hun verklaring, ook wanneer die volgens het proces-verbaal van verhoor als getuige is afgelegd, materieel zal gelden als verklaring van de rechtspersoon.[[267]](#footnote-267) Bestuurders moeten daarom altijd de cautie krijgen, ook als de vertegenwoordiger geen verdachte is. De cautie behoedt de wettelijk vertegenwoordiger voor een ongewilde medewerking aan de veroordeling van de verdachte rechtspersoon.[[268]](#footnote-268) Doorenbos pleit ervoor dat de verdedigingsrechten van de verdachte rechtspersoon niet kunnen worden genegeerd op basis van de beperkte formulering van de vertegenwoordigingsregeling.[[269]](#footnote-269) Indien artikel 528 Sv geldt in de opsporingsfase, verklaren de vertegenwoordigers namens de rechtspersoon in de opsporingsfase en dienen hun verklaringen te gelden als verklaringen van de rechtspersoon.[[270]](#footnote-270)

Recente rechtspraak toont aan dat deze discussie nog niet is opgehelderd. In een beschikking van de rechtbank (hierna: Rb) Amsterdam wordt aan een rechtspersoon (niet-verdachte) een vordering tot het verstrekken van camerabeelden gedaan die belastend zijn voor de rechtspersoon.[[271]](#footnote-271) De rechtspersoon (de klaagster) dient een klaagschrift in. Opmerkelijk is dat in de conclusie van de advocaat-generaal (hierna: AG) Spronken wordt gepleit om aansluiting te zoeken bij artikel 528 Sv in de opsporingsfase en niet slechts in de vervolgingsfase. Een rechtspersoon moet namelijk kunnen handelen als hij geconfronteerd wordt met een bevel.[[272]](#footnote-272) De HR passeert dit punt van AG Spronken zonder enige verdere uitleg.[[273]](#footnote-273) In een ander arrest van de Rb Zeeland-West-Brabant overweegt de rechtbank dat het zwijgrecht blijkens de jurisprudentie van de HR en het EHRM absoluut is en er geen feiten of omstandigheden zijn op grond waarvan een uitzondering moet worden gemaakt. Dit brengt met zich dat een verhorende ambtenaar verplicht is de verdachte voor ieder verhoor mede te delen dat hij niet tot antwoorden verplicht is. Bij een rechtspersoon dient de cautie aan zijn vertegenwoordiger te worden verleend.[[274]](#footnote-274) In de praktijk worden dus vaak (mogelijke) vertegenwoordigers in de gelegenheid gesteld namens de rechtspersoon het zwijgrecht uit te oefenen.[[275]](#footnote-275) Het laatste woord over deze discussie lijkt echter nog niet gesproken.

## **§3.4 De vertegenwoordiging in de vervolgingsfase**

Verdachte rechtspersonen kunnen niet zelfstandig optreden in een rechtsgeding zonder tussenkomst van natuurlijke personen.[[276]](#footnote-276) Daarom heeft de wetgever in 1976 een regeling in artikel 528 Sv geïntroduceerd waarin de vertegenwoordiging van rechtspersonen is geregeld.[[277]](#footnote-277) Zoals eerder genoemd, is het toepassingsbereik van artikel 528 Sv beperkt. Uit artikel 528 Sv kan worden afgeleid dat het artikel betrekking heeft op de strafvervolging als zodanig.[[278]](#footnote-278) Met de strafvervolging wordt bedoeld de fase waarin het OM de verdachte vervolgt voor een strafbaar feit. Het OM kan besluiten om een rechter bij de zaak te betrekken of een zaak zelf af te doen, bijvoorbeeld door een strafbeschikking.[[279]](#footnote-279) De vertegenwoordigers van de rechtspersoon kunnen zich, indien de strafvervolging is ingesteld, beroepen op alle rechten die een rechtspersoon heeft, waaronder het zwijgrecht uit artikel 29 lid 1 Sv.[[280]](#footnote-280) De vertegenwoordigingsregeling van artikel 528 Sv luidt als volgt:

“1. Indien een strafvervolging wordt ingesteld tegen een rechtspersoon, doelvermogen of rederij, wordt deze rechtspersoon of dit doelvermogen tijdens de vervolging vertegenwoordigd door de bestuurder of, indien er meer bestuurders zijn, door een van hen en de rederij door de boekhouder of een der leden van de rederij. De vertegenwoordiger kan bij gemachtigde verschijnen.

2. Indien de strafvervolging wordt ingesteld tegen een maatschap of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, wordt deze tijdens de vervolging vertegenwoordigd door de aansprakelijke vennoot of, indien er meer aansprakelijke vennoten zijn, door een van hen. De vertegenwoordiger kan bij gemachtigde verschijnen.

3. De rechter kan de persoonlijke verschijning van een bepaalde bestuurder of vennoot bevelen; hij kan alsdan zijn medebrenging gelasten.”

In artikel 528 Sv is vastgelegd wie namens een entiteit als vertegenwoordiger kan optreden in een strafvervolging. Rechtspersonen en doelvermogens worden tijdens de vervolging vertegenwoordigd door de bestuurder.[[281]](#footnote-281) Indien er meerdere bestuurders zijn, komt de bevoegdheid tot vertegenwoordiging tevens toe aan iedere bestuurder.[[282]](#footnote-282) Een rederij wordt vertegenwoordigd door de boekhouder of één van de leden der rederij. Een maatschap of VOF wordt vertegenwoordigd door de aansprakelijke vennoot, of indien er meer aansprakelijke vennoten zijn, door één van hen.[[283]](#footnote-283) Het artikel suggereert dat slechts één bestuurder, één aansprakelijke vennoot, één lid of één boekhouder van de rederij een verdachte entiteit kan vertegenwoordigen. Dit is echter onjuist, het artikel sluit niet uit dat de rechtspersoon door meer dan één bestuurder vertegenwoordigd kan worden.[[284]](#footnote-284) Wanneer een verdachte rechtspersoon meer dan één bestuurder heeft, die tezamen het volledige bestuur vormen, betekent dit niet dat het hele bestuur de rechtspersoon moet vertegenwoordigen in het strafproces. Volstaan kan worden met één bestuurder (lid, vennoot, maat of boekhouder).[[285]](#footnote-285) In de MvT bij artikel 528 Sv schrijft de wetgever dat het mogelijk is om een bestuurder die de rechtspersoon niet vertegenwoordigt, als getuige te doen horen in de strafzaak tegen de rechtspersoon.[[286]](#footnote-286) Verder is het mogelijk dat de vertegenwoordiger bij machtiging verschijnt door een derde buiten het bestuur als gemachtigde aan te stellen.[[287]](#footnote-287) In principe kan dit eenieder zijn, zoals een persoon werkzaam ten behoeve van de verdachte rechtspersoon, een extern adviseur of advocaat.[[288]](#footnote-288) De wet stelt geen eisen aan de machtiging in artikel 528 Sv, waardoor een mondelinge, algemene volmacht kan volstaan.[[289]](#footnote-289) Van Strien schrijft dat het niet wenselijk is om de gemachtigde persoon ook weer een ander persoon te laten machtigen. Vaak kiest een bestuurder aan de hand van diens persoonlijke kwaliteiten voor een gemachtigde.[[290]](#footnote-290)

Een uitgangspunt van artikel 528 Sv is dat de rechtspersoon in beginsel het initiatief heeft tot aanwijzing van de vertegenwoordiger.[[291]](#footnote-291) Weliswaar kan de rechter op grond van artikel 528 lid 3 Sv andere bestuurders ter zitting doen verschijnen, maar dat doet niet af aan de keuzevrijheid van de rechtspersoon voor het kiezen van zijn vertegenwoordigers.[[292]](#footnote-292) De vertegenwoordiger vertegenwoordigt de rechtspersoon als zodanig dat een verklaring van deze vertegenwoordiger ter zitting geldt als een verklaring van de verdachte rechtspersoon.[[293]](#footnote-293) Alle verdedigingsrechten van de rechtspersoon kunnen door de vertegenwoordigers uitgeoefend worden. Dit houdt in dat de vertegenwoordiger gebruik kan maken van het zwijgrecht van de rechtspersoon uit artikel 29 lid 1 Sv en dat de cautie uit artikel 29 lid 2 Sv tijdens de zitting aan de vertegenwoordiger moet worden gegeven.[[294]](#footnote-294) Ook moet de vertegenwoordiger het recht van het laatste woord kunnen uitoefenen.[[295]](#footnote-295) Van Strien spreekt over een ‘stelsel van vereenzelviging’ tussen de vertegenwoordiger en de rechtspersoon.[[296]](#footnote-296) Er bestaan desondanks uitzonderingen op dit stelsel. Aan de vertegenwoordiger kunnen geen vrijheidsbenemende dwangmiddelen of straffen worden opgelegd als ware hij de rechtspersoon zelf is.[[297]](#footnote-297) Doordat de vertegenwoordiger de plaats in neemt van de rechtspersoon, is het niet mogelijk dat deze persoon tegelijkertijd als getuige optreedt.[[298]](#footnote-298) Hetzelfde geldt voor de bestuurder die niet als vertegenwoordiger is verschenen, maar die door de rechter is bevolen ter zitting te verschijnen op grond van artikel 528 lid 3 Sv.[[299]](#footnote-299) De wet zwijgt over de processuele hoedanigheid van de bestuurder. De bestuurder wordt echter opgeroepen op grond van de vertegenwoordigingsregeling, waardoor de bestuurder de rechtspersoon vertegenwoordigt en hij de verdedigingsrechten van de verdachte rechtspersoon kan uitoefenen.[[300]](#footnote-300)

In het verlengde hiervan ligt de complexe vraag of de rechter de mogelijkheid heeft om een bestuurder, die niet als vertegenwoordiger is verschenen, te doen oproepen als getuige in een strafzaak tegen de rechtspersoon.[[301]](#footnote-301) Zoals vermeld heeft de wetgever in de MvT bij artikel 528 Sv bepaalt dat het mogelijk is om een bestuurder die de rechtspersoon niet vertegenwoordigt, als getuige te doen horen in de strafzaak tegen de rechtspersoon. De bestuurder kan zich als getuige niet beroepen op het zwijgrecht van de rechtspersoon, waardoor de bestuurder gedwongen wordt belastend te verklaren over de rechtspersoon. Het gerechtshof Leeuwarden heeft echter bepaald dat artikel 528 lid 3 Sv in de weg staat aan de algemene regeling inzake het doen oproepen van getuigen zoals voorzien in artikel 315 Sv.[[302]](#footnote-302) De verklaringsvrijheid en het zwijgrecht van de rechtspersoon lijken hiermee gewaarborgd.[[303]](#footnote-303) De HR heeft echter nog geen uitspraak gedaan over de uitleg van het gerechtshof Leeuwarden, waardoor het onzeker is of de verklaringsvrijheid en het zwijgrecht in de vervolgingsfase voldoende gewaarborgd zijn.

Dat bestuurders, die geen vertegenwoordiger van de rechtspersoon zijn, mogelijk als getuige opgeroepen kunnen worden, is problematisch. Bestuurders kunnen met belastende verklaringen tegen de rechtspersoon, ook bewijs tegen zichzelf leveren. Het is mogelijk dat bestuurders hierdoor als feitelijk leidinggevende(zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger in de zin van artikel 47 lid 1 Sr) worden vervolgd.[[304]](#footnote-304) In de wetgeschiedenis is gewezen op het nemo tenetur-verschoningsrecht van artikel 219 Sv.[[305]](#footnote-305) Dit verschoningsrecht is van toepassing op de getuige die, door bepaalde vragen te beantwoorden, zichzelf of een zijner bloed- of aanverwanten blootstelt aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling.[[306]](#footnote-306) Niet iedere bestuurder kan zich op dit verschoningsrecht beroepen: de bestuurder die niet betrokken is geweest bij de mogelijke strafbare feiten, kan zich niet verschonen.[[307]](#footnote-307) In het civiele procesrecht is een oplossing gezocht voor het probleem dat bestuurders tegen de rechtspersoon moeten verklaren. Het civiele procesrecht bepaalt dat een getuige in een zo nauwe betrekking kan staan tot een procespartij, dat de getuige als het ware met die procespartij vereenzelvigd moet worden waar het gaat om het kunnen inroepen van het nemo tenetur-verschoningsrecht.[[308]](#footnote-308) Hierdoor kunnen bestuurders van een rechtspersoon die procespartij zijn in een civielrechtelijk geding niet gedwongen worden tot het afleggen van een getuigenverklaring die de rechtspersoon blootstelt aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling.[[309]](#footnote-309)

De regeling van artikel 29 Sv kan ook worden omzeild door het oproepen van gewone werknemers tijdens de vervolgingsfase. Zowel de OvJ als rechter kunnen de werknemers ambtshalve als getuige oproepen op grond van artikel 260 Sv en artikel 315 Sv. Getuigen zijn verplicht om te verschijnen wanneer zij opgeroepen worden. De niet-verschenen getuige kan door de rechter worden opgeroepen en de rechter kan tevens zijn medebrenging gelasten.[[310]](#footnote-310) Als de getuige ter zitting verschijnt, is de getuige verplicht naar waarheid te verklaren.[[311]](#footnote-311) Men kan zich afvragen of hiermee het zwijgrecht van de rechtspersoon omzeild wordt, omdat werknemers, wellicht soms nog meer dan bestuurders, weten wat er in een bedrijf speelt. Bovendien is het mogelijk dat werknemers belastende verklaringen tegen de rechtspersoon afleggen en hiermee indirect ook bewijs tegen zichzelf leveren.[[312]](#footnote-312) Hierdoor kunnen ook werknemers strafrechtelijk vervolgd worden als feitelijk leidinggevende(zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger in de zin van artikel 47 lid 1 Sr). Bovenstaande knelpunten zijn problematisch, want het zwijgrecht van de rechtspersoon kan omzeild worden en bovendien is het mogelijk dat bestuurders en werknemers zichzelf incrimineren.

## **§3.5 Deelconclusie**

In hoofdstuk drie is onderzocht hoe in de Nederlandse rechtspraktijk invulling wordt gegeven aan het zwijgrecht van de rechtspersoon. Hierbij is specifiek gekeken naar hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon uitgeoefend wordt door diens vertegenwoordigers en werknemers. De rechtspersoon is immers een juridische constructie die zich slechts kan laten vertegenwoordigen via natuurlijke personen. In 1976 is artikel 51 Sr ingevoerd waarin is bepaald dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan. Met de invoering van artikel 51 Sr worden rechtspersonen, net als natuurlijke personen, beschouwd als volwaardig rechtssubject binnen het strafrecht. Dit betekent dat ook rechtspersonen aanspraak kunnen maken op procesrechten, waaronder het zwijgrecht en de cautieplicht uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv.

In de Nederlandse rechtspraktijk zorgt het zwijgrecht van de rechtspersoon voor problemen. In bovenstaande paragrafen zijn drie verschillende situaties aanbod gekomen, waarin zich een aantal knelpunten hebben voorgedaan. De eerste situatie betrof het horen van werknemers in de opsporingsfase. De werknemers van rechtspersonen worden in de praktijk in de opsporingsfase vaak als getuige gehoord. Werknemers zijn niet verplicht om te verklaren tegenover opsporingsambtenaren in de opsporingsfase. Het is voor werknemers echter vaak onduidelijk dat zij geen verklaringen hoeven af te leggen, waardoor zij alsnog ongewild belastende verklaringen afleggen. In de literatuur bestaat discussie over of aan werknemers een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon moet toekomen. In de jurisprudentie van de HR is echter bevestigd dat werknemers zich in de opsporingsfase niet kunnen beroepen op een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon en niet als verdachte worden aangemerkt.

De tweede situatie is de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in de opsporingsfase. De wet voorziet in de opsporingsfase niet in een regeling voor de vertegenwoordiging van rechtspersonen. Het is in de opsporingsfase onduidelijk wie namens de rechtspersoon het zwijgrecht kan uitoefenen. In de literatuur bestaat discussie over de toepassing van artikel 528 Sv in de opsporingsfase. Aan de ene kant bestaat de opvatting dat artikel 528 Sv niet in de opsporingsfase geldt. Vertegenwoordigers dienen in deze fase als getuige gehoord te worden, zonder dat zij zich op het zwijgrecht van de rechtspersoon uit artikel 29 lid 1 Sv kunnen beroepen. Het is in de opsporingsfase vaak onduidelijk wie de rechtspersoon zal vertegenwoordigen in de vervolgingsfase. Het verlenen van het zwijgrecht aan alle eventuele vertegenwoordigers bemoeilijkt de bewijsvergaring. Aan de andere kant pleiten meerdere schrijvers ervoor dat de rechtspersoon een vertegenwoordiger moet kunnen aanwijzen, die het zwijgrecht namens de rechtspersoon uitoefent en aan wie de cautie moet worden gegeven. Het niet toekennen van het zwijgrecht aan mogelijke vertegenwoordigers in de opsporingsfase, kan anders tijdens de vervolgingsfase alsnog tegen de rechtspersoon worden gebruikt.

De derde situatie is de vertegenwoordiging van de rechtspersoon tijdens de vervolgingsfase. In artikel 528 Sv is bepaald dat de rechtspersoon tijdens het strafproces vertegenwoordigd wordt door de bestuurder of een door de bestuurder gemachtigde persoon. Deze persoon neemt als het ware de plaats van de rechtspersoon in en kan namens de rechtspersoon het zwijgrecht uitoefenen. In de literatuur wordt dit de ‘vereenzelviging’ tussen de vertegenwoordiger en de rechtspersoon genoemd. Tijdens de vervolgingsfase zorgt de vereenzelviging ervoor dat de rechten van de rechtspersoon, waaronder het zwijgrecht, gewaarborgd worden. Echter lijkt het zwijgrecht van de rechtspersoon in de vervolgingsfase omzeild te kunnen worden. Er bestaat onduidelijkheid over of bestuurders, die geen vertegenwoordiger zijn, opgeroepen kunnen worden als getuige. Daarnaast is het mogelijk om werknemers op te roepen als getuige. Indien bestuurders en werknemers opgeroepen kunnen worden als getuige, kan het zwijgrecht van de rechtspersoon uit artikel 29 Sv omzeild worden en is het mogelijk dat bestuurders en werknemers bewijs tegen zichzelf leveren.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat hoewel de vertegenwoordiging en het zwijgrecht van de rechtspersoon in de vervolgingsfase wettelijk geregeld zijn, er een lacune bestaat in de regeling voor de opsporingsfase zowel met betrekking tot de vertegenwoordigers als de werknemers van een rechtspersoon. Ook in de vervolgingsfase bestaat de nodige onduidelijkheid over het oproepen van bestuurders en werknemers als getuige tegen de rechtspersoon. Deze knelpunten vereisen een wettelijke verduidelijking om de rechten van rechtspersonen, bestuurders en werknemers in de opsporingsfase en vervolgingsfase te kunnen waarborgen.

# **Hoofdstuk 4 | Het zwijgrecht van de rechtspersoon in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel**

In hoofdstuk vier wordt onderzocht of het zwijgrecht van de rechtspersoon in Nederland in overeenstemming is met het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht. De deelvraag die in dit hoofdstuk wordt beantwoord, luidt: *in hoeverre is het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk in overeenstemming met de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht?*

In hoofdstuk drie zijn verschillende problematische aspecten met betrekking tot het zwijgrecht van de rechtspersoon naar voren gekomen. Het zwijgrecht van de rechtspersoon blijkt in de opsporingsfase onvoldoende gewaarborgd door een gebrek aan wetgeving. Bovendien kan het zwijgrecht van de rechtspersoon in de vervolgingsfase omzeild worden doordat bestuurders en werknemers opgeroepen kunnen worden als getuige. Dit kan ertoe leiden dat bestuurders en werknemers belastende verklaringen afleggen tegen de rechtspersoon, waarbij zij tegelijkertijd ook bewijs tegen zichzelf leveren.[[313]](#footnote-313) Hoofdstuk vier analyseert deze problematische aspecten aan de hand van de ratio’s en het toetsingskader van het nemo tenetur-beginsel zoals uiteengezet in hoofdstuk twee.

De opbouw van dit hoofdstuk wijkt af van de opbouw in hoofdstuk drie. De geconstateerde knelpunten in hoofdstuk drie worden besproken aan de hand van het nemo tenetur-beginsel zoals uitgelegd door het EHRM en het HvJ. In het toetsingskader van het EHRM wordt geen onderscheid gemaakt tussen de opsporings- en vervolgingsfase. Het EHRM beoordeelt namelijk of de *overall fairness of the proceedings* nietis aangetast.[[314]](#footnote-314) Waar in vorig hoofdstuk een onderscheid is gemaakt tussen de opsporings- en vervolgingsfase, richt hoofdstuk vier zich op de eerlijkheid van de procedure als geheel. Daarom is gekozen voor de volgende indeling: in §4.1 wordt dieper ingegaan op het zwijgrecht van de rechtspersoon in de opsporingsfase. Onderzocht wordt of het problematisch is dat het zwijgrecht en de cautie voor rechtspersonen in de opsporingsfase niet wettelijk zijn vastgelegd, in verhouding tot de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. In §4.2 worden de knelpunten aangaande het nemo tenetur-beginsel besproken die zich voor kunnen doen bij werknemers. Werknemers kunnen gedwongen worden om belastende verklaringen af te leggen tegen de rechtspersoon. Geanalyseerd wordt of het in strijd is met het nemo tenetur-beginsel wanneer een werknemer strafrechtelijk vervolgd wordt op basis van een verklaring die hij in een strafrechtelijke procedure tegen de rechtspersoon heeft afgelegd. Daarnaast wordt onderzocht of het in het licht van het nemo tenetur-beginsel problematisch is wanneer een werknemer een belastende verklaring aflegt tegen de rechtspersoon, waardoor deze veroordeeld wordt. In §4.3 worden de knelpunten die zich voordoen bij de vertegenwoordigers van de rechtspersoon bekeken in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel. Er bestaat onduidelijkheid over de vraag of bestuurders, die als vertegenwoordiger aangewezen zijn, opgeroepen kunnen worden als getuige tegen de rechtspersoon. Dit wordt geanalyseerd aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Daarnaast wordt afgewogen of het problematisch is wanneer een bestuurder strafrechtelijk vervolgd wordt op basis van een verklaring die hij heeft afgelegd in een strafrechtelijke procedure tegen de rechtspersoon. Bovenstaande onderwerpen zullen worden belicht aan de hand van hypothetische scenario’s. Aan de hand van deze hypothetische scenario’s worden de mogelijke oordelen van het EHRM en HvJ onderzocht, met het doel een antwoord te formuleren op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat.

Het EHRM heeft tot op heden niet geoordeeld over de vraag of de invulling van het zwijgrecht van rechtspersonen in Nederland in overeenstemming is met de ratio’s en de betekenis van het nemo tenetur-beginsel. Om deze reden wordt een inschatting gemaakt op basis van de analyse van de gewezen arresten van het EHRM en volgt een oordeel op grond van logische interpretatie. Het HvJ heeft in zijn jurisprudentie reeds geoordeeld dat aan rechtspersonen een beperkt zwijgrecht toekomt. Om deze reden is het oordeel van het HvJ minder conceptueel van aard dan het oordeel van het EHRM.

## **§4.1 Ontbreken van een wettelijke regeling in de opsporingsfase**

In een strafzaak is het zwijgrecht van rechtspersonen niet wettelijk gewaarborgd in de opsporingsfase. Hierdoor is het onduidelijk welke personen het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen uitoefenen en welke personen namens de rechtspersoon de cautie moeten krijgen. Volgens de rechtspraak van het EHRM moeten de rechten uit het EVRM *practical* en *effective* zijn en niet louter *theoretical* en *illusory*.[[315]](#footnote-315) Juridische rechtsmiddelen dienen niet alleen formeel te bestaan, maar moeten daadwerkelijk effectief kunnen worden uitgeoefend.[[316]](#footnote-316) Vanwege de juridische constructie van de rechtspersoon, is het een complexe aangelegenheid om te waarborgen dat het zwijgrecht *practical* en *effective* is. Doorenbos stelt dat het zwijgrecht van rechtspersonen ineffectief is als het niet ingeroepen kan worden in de opsporingsfase. Dit zorgt ervoor dat het proces voor rechtspersonen minder eerlijk is dan voor natuurlijke personen.[[317]](#footnote-317) Het zwijgrecht kan niet als *practical* en *effective* worden beschouwd wanneer voorafgaand aan de verklaring van de rechtspersoon zelf, belastende verklaringen zijn afgelegd door zijn werknemers. In de praktijk blijkt dit de realiteit van het zwijgrecht van de rechtspersoon te zijn.[[318]](#footnote-318) Om een *practical* en *effective* zwijgrecht voor rechtspersonen te waarborgen, zou de wetgever een wettelijke regeling in de opsporingsfase moeten creëren.

Het belang van een wettelijke regeling in de opsporingsfase wordt versterkt door de cautieplicht voortvloeiend uit artikel 29 lid 2 Sv. Het nemo tenetur-beginsel is nauw verbonden met het zwijgrecht en de cautieplicht.[[319]](#footnote-319) Het niet in acht nemen van de cautie bij een verdachte resulteert vaak in de bewijsuitsluiting van het daardoor verkregen bewijsmateriaal op grond van artikel 359a Sv.[[320]](#footnote-320) De HR heeft geoordeeld dat de mededeling aan de verdachte dat hij niet verplicht is tot antwoorden, noodzakelijk is ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM.[[321]](#footnote-321) Van bewijsuitsluiting kan slechts worden afgezien in een beperkt aantal gevallen.[[322]](#footnote-322) Deze benadering van de HR lijkt, gezien de rechtspraak van het EHRM, te strikt. Het EHRM laat de toelaatbaarheid van het bewijs en de schuldvraag over aan de nationale rechtbanken.[[323]](#footnote-323) Het staat niet vast dat de cautie, zoals wij die kennen, in alle gevallen waarin zij gegeven moet worden noodzakelijk is ter verzekering van het recht op een eerlijk proces volgens het EHRM.[[324]](#footnote-324) Dat in de opsporingsfase niet wettelijk bepaald is aan welke personen de cautie van de rechtspersoon moet worden gegeven, kan dus mogelijk wel bijdragen aan een schending van het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM.

Mogelijk komt het HvJ tot een ander oordeel aangaande het ontbreken van een wettelijke regeling van het zwijgrecht van rechtspersonen in de opsporingsfase. Zoals uit de analyse in hoofdstuk twee blijkt, kent het HvJ een beperkt zwijgrecht toe aan rechtspersonen. Het HvJ oordeelt dat het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht geen belemmering vormen voor de verplichting van rechtspersonen om inlichtingen over feiten te verstrekken, zelfs wanneer de Europese Commissie met deze inlichtingen kan bewijzen dat rechtspersonen het mededingingsrecht heeft geschonden. Dit beperkte zwijgrecht kan worden verklaard vanuit de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. De twee ratio’s, te weten het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen, zijn minder snel in het geding bij rechtspersonen dan bij natuurlijke personen.[[325]](#footnote-325) Doordat rechtspersonen een beperkt zwijgrecht hebben, zullen zij vaak verplicht zijn om alle relevante feiten te verstrekken. Het HvJ zal waarschijnlijk tot het oordeel komen dat het niet problematisch is dat het zwijgrecht van rechtspersonen in de opsporingsfase niet wettelijk is gewaarborgd.

## **§4.2 Knelpunten met betrekking tot werknemers**

In hoofdstuk drie is duidelijk geworden dat werknemers een centrale rol innemen in de bewijsvergaring tegen rechtspersonen. Werknemers vormen een essentieel onderdeel van rechtspersonen en zijn vaak op de hoogte van de interne gang van zaken. In de praktijk worden werknemers als getuige gehoord en kunnen zij zich niet beroepen op een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon. De jurisprudentie van de HR heeft dit bevestigd: aan werknemers van rechtspersonen komt geen afgeleid zwijgrecht toe in de opsporingsfase.[[326]](#footnote-326) Zowel het EHRM als het HvJ hebben zich tot op heden niet uitgesproken over of aan werknemers een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon moet toekomen. In §4.2.1 worden de mogelijke oordelen van het EHRM en het HvJ over het afgeleid zwijgrecht voor werknemers geanalyseerd. Dit gebeurt op basis van analyse van eerdere arresten en op grond van een logische interpretatie. In §4.2.2 worden verschillende hypothetische scenario’s geïllustreerd waarin de problematische aspecten met betrekking tot werknemers en het zwijgrecht van rechtspersonen aan bod komen. Besproken wordt hoe deze scenario’s zich verhouden tot de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ betreffende het nemo tenetur-beginsel.

### **§4.2.1 Het EHRM en het HvJ inzake het afgeleid zwijgrecht voor werknemers**

In hoofdstuk drie bepleiten verschillende schrijvers dat aan werknemers een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon moet toekomen.[[327]](#footnote-327) De strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen is in het recht gebaseerd op het handelen of nalaten van individuen binnen de rechtspersoon.[[328]](#footnote-328) Wanneer het redelijk wordt geacht om de gedragingen van werknemers toe te rekenen aan de rechtspersoon, is het evenzeer redelijk dat deze werknemers zich op het zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen beroepen.[[329]](#footnote-329) Indien de meeste waarde wordt gehecht aan de ratio van de procesautonomie van de verdachte, is het passend om aan werknemers een afgeleid zwijgrecht toe te kennen. Deze ratio van het nemo tenetur-beginsel houdt in dat een verdachte in beginsel vrij is zijn processtrategie te bepalen.[[330]](#footnote-330) Als werknemers in de opsporingsfase geen afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon hebben, kunnen rechtspersonen hun procespositie niet volledig bepalen. Werknemers beschikken namelijk over veel informatie waarvan de rechtspersoon mogelijk niet wil dat het bekend wordt bij de opsporingsambtenaren. Hierdoor wordt de procespositie van rechtspersonen afhankelijk van de verklaringen die door de werknemers worden afgelegd en is de verdachte rechtspersoon niet vrij om zijn processtrategie te bepalen.

Uit de analyse in hoofdstuk twee blijkt dat het EHRM de meeste waarde lijkt te hechten aan twee ratio’s, namelijk het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. In dit geval ligt het in de rede dat aan werknemers geen afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon moet worden toegekend. In de strafrechtspleging behoort een balans te bestaan tussen de mogelijkheden om rechtspersonen strafrechtelijk te vervolgen en de mogelijkheden voor rechtspersonen om zich tegen de beschuldigingen te verdedigen.[[331]](#footnote-331) Het toekennen van een afgeleid zwijgrecht aan werknemers bemoeilijkt de bewijsvergaring en daarmee de materiële waarheidsvinding te erg.[[332]](#footnote-332) In het geval dat het EHRM meer waarde zou hechten aan de ratio van de procesautonomie van de verdachte, zou het mogelijk wel een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon aan werknemers toekennen. Het EHRM zal dus waarschijnlijk op basis van zijn jurisprudentie en de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel tot het oordeel komen dat aan werknemers geen afgeleid zwijgrecht moet toekomen. Daarentegen moet het zwijgrecht van de rechtspersoon wel gewaarborgd worden in de opsporingsfase, want het EHRM gaat er momenteel vanuit dat artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing is op rechtspersonen die van strafbare feiten worden beschuldigd als op natuurlijke personen. Om de effectieve handhaving niet te veel te beperken en tegelijkertijd het zwijgrecht van rechtspersonen te waarborgen, kan een mogelijke oplossing zijn dat het zwijgrecht enkel aan één vertegenwoordiger van de rechtspersoon toekomt. In zowel de opsporingsfase als de vervolgingsfase wordt de vertegenwoordiger dan vereenzelvigd met de rechtspersoon.

Uit de bevindingen in hoofdstuk twee blijkt dat het HvJ een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen. Het beperkte zwijgrecht dat het HvJ toekent aan rechtspersonen is te verklaren vanuit het feit dat het zwijgrecht van rechtspersonen voornamelijk gebaseerd is op de ratio van de procesautonomie. De ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen zijn bij rechtspersonen minder snel in het geding. Dit rechtvaardigt een beperkt zwijgrecht voor rechtspersonen. Doordat het HvJ een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen, lijkt het onwaarschijnlijk dat het HvJ zou oordelen dat werknemers recht hebben op een afgeleid zwijgrecht. Werknemers zullen in de meeste gevallen verplicht zijn om mee te werken aan het verstrekken van inlichtingen tegen de rechtspersoon. Op basis van deze overwegingen kan geconcludeerd worden dat het HvJ waarschijnlijk geen afgeleid zwijgrecht aan werknemers toekent.

### **§4.2.2 Werknemers als getuige in relatie tot het nemo tenetur-beginsel**

In gevallen waarin werknemers als getuige worden gehoord tegen een verdachte rechtspersoon, kunnen zich problematische aspecten voordoen in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel. In deze paragraaf wordt dit geïllustreerd aan de hand van hypothetische scenario’s. Onderzocht wordt hoe deze scenario’s zich verhouden tot de rechtspraak van het EHRM en het HvJ inzake het nemo tenetur-beginsel en hoe deze scenario’s zich verhouden tot de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. In deze paragraaf wordt steeds eerst het mogelijke oordeel van het EHRM besproken gevolgd door het mogelijke oordeel van het HvJ. In de scenario’s wordt geen onderscheid gemaakt tussen de opsporings- en vervolgingsfase omdat het EHRM vanuit het toetsingskader kijkt naar de *fairness of the procedure as a whole*.[[333]](#footnote-333) In alle scenario’s wordt aangenomen dat een werknemer als getuige is gehoord en zich niet kan beroepen op een afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon.[[334]](#footnote-334)

*In scenario één wordt een werknemer ondervraagd als getuige.*[[335]](#footnote-335) *De werknemer heeft een verklaring afgelegd tegen de verdachte rechtspersoon. De rechtspersoon wordt niet strafrechtelijk vervolgd. Het bewijs wordt daarentegen wel gebruikt in de strafrechtelijke veroordeling van de werknemer als feitelijk leidinggever (zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger of medeplichtige in de zin van artikel 47 lid 1 Sr).*

Indien een strafbaar feit door een rechtspersoon is begaan, is het mogelijk dat een werknemer strafrechtelijk vervolgd wordt als feitelijk leidinggever in de zin van artikel 51 lid 2 Sr of als medepleger in de zin van artikel 47 lid 1 Sr.[[336]](#footnote-336) Het feitelijk leidinggeven wordt over het algemeen beschouwd als een (bijzondere) deelnemingsvorm omdat het een specifieke accessoriteit vereist.[[337]](#footnote-337) Dit houdt in dat eerst vastgesteld moet worden dat het strafbare feit is begaan door een rechtspersoon voordat strafbaar feitelijk leidinggeven aan de orde kan komen.[[338]](#footnote-338) Dat de rechtspersoon een strafbaar feit moet hebben begaan, betekent niet dat de rechtspersoon daadwerkelijk vervolgd of bestraft moet zijn. In de zaak van een feitelijk leidinggever hoeft slechts te worden vastgesteld dat het grondfeit door een rechtspersoon is begaan.[[339]](#footnote-339) Het is dus mogelijk dat een werknemer als feitelijk leidinggever strafrechtelijk vervolgd wordt, terwijl de rechtspersoon niet strafrechtelijk vervolgd wordt.[[340]](#footnote-340)

In het scenario heeft de werknemer als getuige bewijs geleverd tegen de verdachte rechtspersoon en dat bewijs wordt in een strafrechtelijke veroordeling tegen de werknemer gebruikt. Op het moment dat de werknemer een verklaring aflegde tegen de rechtspersoon, was er nog geen *criminal charge* tegen de werknemer ingesteld. Het nemo tenetur-beginsel heeft op dat moment een latente werking: informatie die onder dwang is verkregen, mag niet ten nadele van de betrokkene worden gebruikt in een latere strafprocedure.[[341]](#footnote-341) In dit scenario is de onder dwang verkregen informatie echter gebruikt in een latere strafprocedure tegen de werknemer, waardoor het scenario valt binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. De werknemer heeft belastend verklaard, en deze verklaring wordt vervolgens tegen hem gebruikt, zonder dat hij op zijn zwijgrecht is gewezen en zonder dat hem de cautie is gegeven.[[342]](#footnote-342) Het EHRM zal moeten beoordelen of het nemo tenetur-beginsel is geschonden en daarmee het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM.[[343]](#footnote-343) Afhankelijk van de omstandigheden van het geval en bezien in het licht van de procedure als geheel, kan het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM in het scenario geschonden zijn. Indien een werknemer in de vervolgingsfase ondervraagd wordt, zal de dwang ongeoorloofd zijn omdat de werknemer zich, indien hij niet naar waarheid spreekt of zwijgt, schuldig maakt aan een strafbaar feit.[[344]](#footnote-344) Indien er geen procedurele waarborgen zijn voor de werknemer en het bewijs een belangrijke rol speelt in de veroordeling van de werknemer, kan het nemo tenetur-beginsel worden geschonden en daarmee het recht op een eerlijk proces, voortvloeiend uit artikel 6 EVRM.

Ook in verhouding tot de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel is het mogelijk dat het EHRM oordeelt dat het scenario problematisch is. Zoals uit de analyse in hoofdstuk twee blijkt, lijkt het EHRM de meeste waarde te hechten aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Op deze manier wordt de wil van de verdachte om te zwijgen gerespecteerd. Op het moment dat werknemers onder dwang worden gezet en hierdoor een belastende verklaring afleggen die tegen hen wordt gebruikt in latere strafrechtelijke veroordeling, wordt de wil van de werknemer om te zwijgen niet gerespecteerd. De gedwongen medewerking heeft daarnaast invloed op de betrouwbaarheid van de verklaring van de werknemer. Het scenario lijkt tevens problematisch in verhouding tot de ratio van de menselijke waardigheid. Zoals genoemd in §2.2.2 is het onmenselijk een verdachte te laten kiezen tussen het afleggen van een verklaring, waarmee hij mogelijk bijdraagt aan bewijs tegen zichzelf, of het weigeren van medewerking, wat ook strafbaar is.[[345]](#footnote-345) Verder is het opmerkelijk dat werknemers in een situatie kunnen belanden waarin zij vervolgd worden voor het strafbare feit, terwijl de rechtspersoon niet vervolgd wordt. De constructie van een rechtspersoon is immers zodanig dat de overkoepelende organisatie verantwoordelijk wordt gehouden voor gedragingen van haar werknemers. Individuele werknemers hebben minder invloed op de gedragingen die plaatsvinden binnen een rechtspersoon dan de overkoepelende rechtspersoon zelf. Het EHRM zal op basis van bovenstaande overwegingen waarschijnlijk concluderen dat het scenario in strijd is met de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel.

Het is onduidelijk of het HvJ ook tot de conclusie zal komen dat het scenario problematisch is in het licht van het nemo tenetur-beginsel. Zoals blijkt uit de analyse in hoofdstuk twee heeft het HvJ in zijn jurisprudentie bepaald dat aan rechtspersonen een beperkt zwijgrecht toekomt. Het HvJ houdt voor het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel van natuurlijke personen rekening met de jurisprudentie van het EHRM. Het HvJ maakt dus onderscheid in de reikwijdte van het zwijgrecht tussen natuurlijke personen en rechtspersonen. Het HvJ is echter niet duidelijk over de reikwijdte van het zwijgrecht voor natuurlijke personen die werkzaam zijn binnen een rechtspersoon. Enerzijds is het mogelijk dat het HvJ oordeelt dat werknemers een beperkt zwijgrecht hebben en verplicht zijn om alle inlichtingen te verstrekken binnen een onderzoek, zelfs als de werknemer daarmee zichzelf kan belasten. Anderzijds is het mogelijk dat het HvJ oordeelt dat werknemers zich op hun eigen, ruime zwijgrecht kunnen beroepen.

Op basis van logische interpretatie zal het HvJ waarschijnlijk oordelen dat een natuurlijk persoon, die werkzaam is voor een rechtspersoon, verplicht is om mee te werken aan het onderzoek naar een overtreding van de rechtspersoon, ook al bestaat het risico dat de werknemer zichzelf daarmee kan belasten. Zoals uit de analyse van hoofdstuk twee blijkt, hecht het HvJ waarde aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. In het licht van deze ratio’s bestaat een groot algemeen belang bij de effectieve handhaving van overtredingen van het EU-recht door rechtspersonen. Indien natuurlijke personen binnen rechtspersonen hun eigen zwijgrecht kunnen uitoefenen, wordt het complex om handhavend op te treden tegen de overtredingen van rechtspersonen. Het HvJ zal dus waarschijnlijk oordelen dat natuurlijke personen, die werkzaam zijn voor rechtspersonen, mee moeten werken aan het onderzoek en alle inlichtingen moeten verstrekken. Wanneer het echter duidelijk is dat een werknemer zichzelf zou kunnen belasten met een verklaring, kan het HvJ mogelijk oordelen dat de werknemer in die gevallen het zwijgrecht kan inroepen. Aangezien het HvJ, in tegenstelling tot het EHRM, een onderscheid maakt tussen het zwijgrecht van rechtspersonen en natuurlijke personen, lijkt het beschreven scenario minder problematisch in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel.

*In scenario twee wordt een werknemer ondervraagd als getuige*.[[346]](#footnote-346) *De werknemer heeft een verklaring afgelegd tegen de verdachte rechtspersoon. Het bewijs wordt gebruikt in de uiteindelijke veroordeling van de rechtspersoon. De rechtspersoon wordt veroordeeld en krijgt een geldboete. Er wordt geen strafrechtelijke vervolging ingesteld tegen de werknemer als feitelijk leidinggever (zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger of medeplichtige in de zin van artikel 47 lid 1 Sr).*

Scenario twee lijkt in verhouding tot nemo tenetur-beginsel minder problematisch dan het eerste scenario omdat er geen strafrechtelijke vervolging tegen de werknemer wordt ingesteld. Zoals blijkt uit de gewezen arresten van het EHRM moet, om binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel te vallen, sprake zijn van een *criminal charge* of belastende informatie die onder dwang is verkregen en in een latere straf- of boeteprocedure wordt gebruikt. Daarvan is in het beschreven scenario geen sprake. Op basis van de analyse in hoofdstuk twee, zal het EHRM waarschijnlijk oordelen dat het scenario niet in strikte zin binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel valt. In het licht van de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel kan het problematisch zijn dat een werknemer een belastende verklaring heeft afgelegd tegen de rechtspersoon. Deze verklaring kan immers gebruikt worden voor de veroordeling van de rechtspersoon. De werknemer voelt zich onderdeel van de rechtspersoon en vereenzelvigt zich als het ware met de rechtspersoon. De werknemer is namelijk werkzaam voor de rechtspersoon en ontvangt een financiële bijdrage van de rechtspersoon voor de werkzaamheden die hij uitvoert. Wanneer de rechtspersoon schuldig wordt verklaard, zal het voor de werknemer ook voelen alsof hij schuldig wordt verklaard. De werknemer werkt dus mee aan de schuld van de rechtspersoon, wat de werknemer kan ervaren als het indirect meewerken aan zijn eigen schuld. De werknemer kan zijn eigen betrokkenheid bij een organisatie die veroordeeld is voor strafbare feiten als negatief ervaren. Hoewel de werknemer niet in strafrechtelijk zin wordt vervolgd en het bewijs ook niet in een latere strafrechtelijke procedure tegen hem wordt gebruikt, kan de werknemer wel indirect ervaren dat hij schuldig wordt verklaard door zijn eigen belastende verklaring tegen de rechtspersoon.

Met het bovenstaande hangt samen dat de werknemer in een eerder beschreven situatie zit, waar hij moet kiezen tussen een verklaring waarmee hij de rechtspersoon benadeelt (en daarbij het gevoel krijgt dat hij zichzelf belast), of weigering van medewerking, waarmee hij zichzelf strafbaar maakt.[[347]](#footnote-347) Uit de analyse in hoofdstuk twee blijkt dat het EHRM de vier verschillende ratio’s van het nemo tenetur-beginsel in onderlinge samenhang beschouwt. Vanuit de ratio van de menselijke waardigheid zal het EHRM waarschijnlijk oordelen dat het genoemde dilemma problematisch is. Het is vanuit de ratio van de menselijke waardigheid inhumaan om iemand te dwingen aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Hoewel scenario twee dus niet in strikte zin onder het nemo tenetur-beginsel valt, lijkt het op basis van een logische interpretatie dat het ERHM een dergelijk dilemma voor werknemers niet wenselijk acht. Het is daarom van belang dat de Nederlandse wetgever juridische waarborgen voor werknemers vastlegt in het strafrechtssysteem.

Naar alle waarschijnlijkheid zal het beschreven scenario in verhouding tot de jurisprudentie van het HvJ minder problematisch zijn. Het scenario valt niet binnen de strikte reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel want de werknemer wordt niet strafrechtelijk vervolgd. Daarnaast blijkt uit de analyse in hoofdstuk twee dat het HvJ een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen. Een mogelijke verklaring daarvoor is dat de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen minder snel in het geding zijn bij rechtspersonen. Dat het HvJ een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen, betekent dat het HvJ meer waarde hecht aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen dan aan de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid. Dit insinueert tevens dat het HvJ waarde hecht aan het algemene belang van het opsporen van overtredingen van het EU-recht door rechtspersonen. Doordat het HvJ minder waarde lijkt te hechten aan de procesautonomie en de menselijke waardigheid als ratio’s van het nemo tenetur-beginsel, zal het HvJ waarschijnlijk oordelen dat het beschreven scenario niet problematisch is. Werknemers zijn werkzaam voor rechtspersonen en dienen alle inlichtingen te verstrekken wanneer onderzoek wordt gedaan, ook als dit voor de werknemer het gevoel oplevert dat hij mee heeft gewerkt aan zijn eigen schuld.

## **§4.3 Knelpunten met betrekking tot vertegenwoordigers**

Uit de bevindingen in hoofdstuk drie is gebleken dat rechtspersonen in de vervolgingsfase vertegenwoordigd worden door zijn bestuurders, waarbij aan iedere bestuurder de bevoegdheid tot vertegenwoordiging toekomt. Met betrekking tot de vertegenwoordigers van rechtspersonen doen zich verschillende knelpunten voor. In deze paragraaf worden deze knelpunten aan de hand van hypothetische scenario’s geïllustreerd. De mogelijke oordelen van het EHRM en het HvJ over de knelpunten in verhouding tot de ratio’s en de betekenis van het nemo tenetur-beginsel worden onderzocht. Er wordt, net zoals in §4.2.2, geen onderscheid gemaakt tussen de opsporingsfase en de vervolgingsfase omdat het EHRM vanuit zijn toetsingskader kijkt naar *the* *fairness of the procedure as a whole*.[[348]](#footnote-348) De bestuurders in de scenario’s zijn als getuige gehoord.[[349]](#footnote-349)

*In scenario drie heeft de rechtspersoon een bepaalde bestuurder als vertegenwoordiger aangewezen. Deze bestuurder wordt ondervraagd als getuige en aan hem komen zowel de cautie als het zwijgrecht van de rechtspersoon niet toe.*[[350]](#footnote-350) *De bestuurder, die als vertegenwoordiger is aangewezen, heeft een verklaring afgelegd tegen de verdachte rechtspersoon. Deze verklaring wordt gebruikt in de uiteindelijke veroordeling van de rechtspersoon. De rechtspersoon wordt veroordeeld en krijgt een geldboete.*

In de Nederlandse rechtspraktijk is het niet mogelijk dat het beschreven scenario zich in de vervolgingsfase voordoet. De HR heeft immers bepaald dat de vertegenwoordiger van een rechtspersoon in de vervolgingsfase de plaats van de rechtspersoon inneemt, waardoor het niet mogelijk is dat deze persoon tegelijkertijd als getuige optreedt.[[351]](#footnote-351) De vertegenwoordiger wordt in de vervolgingsfase als het ware vereenzelvigd met de rechtspersoon en de uitspraken die gedaan worden door de vertegenwoordiger, worden gezien als uitspraken van de rechtspersoon.[[352]](#footnote-352) De wetgever heeft in de opsporingsfase geen wettelijke regeling getroffen omtrent de vertegenwoordigers van rechtspersonen, waardoor het mogelijk is dat het bovenstaande scenario zich in deze fase voordoet. Op grond van de analyse in hoofdstuk twee zal het EHRM mijns inziens oordelen dat het scenario problematisch is in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel. Artikel 6 EVRM is volgens het EHRM op dezelfde manier van toepassing op rechtspersonen als op natuurlijke personen. In het beschreven scenario wordt de bestuurder, die als vertegenwoordiger van de rechtspersoon optreedt, als getuige ondervraagd, zonder dat hem gewezen is op zijn rechten uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv. De rechtspersoon wordt gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren, hetgeen in strijd is met de betekenis en de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel.

Zoals blijkt uit de analyse in hoofdstuk twee moeten de vier ratio’s van het nemo tenetur-beginsel in samenhang worden beschouwd en bestaat er geen ‘alomvattende’ ratio volgens het EHRM. Het beschreven scenario is vooral problematisch in verhouding tot de ratio van de procesautonomie van de verdachte. De rechtspersoon heeft een bestuurder als vertegenwoordiger aangewezen en deze bestuurder verklaart vervolgens belastend tegen de rechtspersoon. De rechtspersoon heeft hierdoor niet zijn eigen processtrategie kunnen bepalen. De procesautonomie van de verdachte hangt samen met de verdeling van de bewijslast, wat inhoudt dat een strafvervolging in beginsel alleen gelegitimeerd is wanneer de justitiële autoriteiten zelf het bewijs van het strafbare feit aandragen.[[353]](#footnote-353) In het scenario levert de verdachte rechtspersoon in feite zelf het bewijs doordat de bestuurder, die is aangewezen als vertegenwoordiger van de rechtspersoon, verklaart als getuige tegen de rechtspersoon. Mijns inziens en op grond van een logische interpretatie, zal het EHRM dit problematisch achten in verhouding tot de ratio van de procesautonomie van de verdachte. Het is onwaarschijnlijk dat het EHRM zal oordelen dat het een belastende verklaring van een bestuurder, die als vertegenwoordiger is aangewezen, als bewijsmateriaal in een strafrechtelijke veroordeling van een rechtspersoon kan worden gebruikt, zonder dat dit problematisch is in relatie tot het nemo tenetur-beginsel.

Het HvJ zal waarschijnlijk oordelen dat het scenario minder problematisch is in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel. Zoals eerder vermeld blijkt uit de analyse in hoofdstuk twee dat het HvJ een beperkt zwijgrecht toekent aan rechtspersonen. Het HvJ zal in dit scenario waarschijnlijk oordelen dat het mogelijk is dat een bestuurder, die als vertegenwoordiger wordt aangewezen en dus als het ware vereenzelvigd wordt met de rechtspersoon, inlichtingen verstrekt over de feiten binnen een rechtspersoon. Dat daarmee aangetoond kan worden dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan, is volgens het HvJ niet problematisch in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel van de rechtspersoon.

Zoals blijkt uit de bevindingen in hoofdstuk twee is een mogelijke verklaring voor het beperkte zwijgrecht van de rechtspersoon dat de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen minder snel in het geding zijn bij rechtspersonen dan bij natuurlijke personen. Het zwijgrecht van de rechtspersoon steunt voornamelijk op de ratio van de procesautonomie van de rechtspersoon. Vooral de ratio van de procesautonomie lijkt in het beschreven scenario in het geding, maar het HvJ lijkt meer waarde te hechten aan het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Vanuit het beperkte zwijgrecht van de rechtspersoon en de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel, zal het HvJ waarschijnlijk oordelen dat het niet problematisch is dat een bestuurder, die als vertegenwoordiger wordt aangemerkt, verklaart tegen de rechtspersoon.

*In scenario vier heeft de rechtspersoon een bestuurder als vertegenwoordiger aangewezen. De andere bestuurder is niet als vertegenwoordiger aangewezen. Deze bestuurder wordt ondervraagd als getuige en heeft een verklaring afgelegd tegen de verdachte rechtspersoon.*[[354]](#footnote-354) *Het bewijs wordt gebruikt in de uiteindelijke veroordeling van de rechtspersoon. De rechtspersoon krijgt een geldboete opgelegd waardoor de rechtspersoon failliet gaat. Bovendien wordt de bestuurder op basis van deze verklaring ook strafrechtelijk veroordeeld als feitelijk leidinggever (zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger of medeplichtige in de zin van artikel 47 lid 1 Sr).*

In scenario vier verklaart een bestuurder, die niet als vertegenwoordiger is aangewezen, tegen de rechtspersoon. In de Nederlandse rechtspraktijk is het nemo tenetur-beginsel voor bestuurders, die als getuige verklaren tegen de rechtspersoon, nauwelijks gewaarborgd. Dit wordt in het beschreven scenario duidelijk: de bestuurder wordt strafrechtelijk veroordeeld als feitelijk leidinggever (zoals bedoeld in artikel 51 lid 2 Sr) of als deelnemer (bijvoorbeeld als medepleger of medeplichtige in de zin van artikel 47 lid 1 Sr) op basis van zijn verklaring tegen de rechtspersoon.[[355]](#footnote-355)Dit kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en bezien in het licht van de procedure als geheel, leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel en daarmee het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM. Van een schending van artikel 6 EVRM kan bijvoorbeeld sprake zijn indien er ongeoorloofde dwang is uitgeoefend, er geen procedurele waarborgen zijn voor de bestuurder en het bewijs een belangrijke rol speelt in de veroordeling van de bestuurder.[[356]](#footnote-356)

Daarnaast kan het, net zoals bij werknemers, problematisch zijn wanneer de verklaring van een bestuurder ertoe bijdraagt dat de rechtspersoon een geldboete opgelegd krijgt. De bestuurder voelt zich, waarschijnlijk nog meer dan reguliere werknemers, onderdeel van de rechtspersoon en vereenzelvigt zich als het ware met de rechtspersoon. Hoewel de bestuurder niet als vertegenwoordiger is aangewezen, heeft de bestuurder een speciale positie binnen de organisatie van de rechtspersoon. Indien de rechtspersoon schuldig wordt verklaard, kan de bestuurder het ervaren alsof hij heeft meegewerkt aan zijn eigen schuld. Op basis van de analyse in hoofdstuk twee oordeelt het EHRM waarschijnlijk dat het scenario problematisch is in verhouding tot de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. Op het moment dat bestuurders gedwongen moeten verklaren en hierdoor een belastende verklaring afleggen tegen de rechtspersoon die later tegen hen wordt gebruikt, worden de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel niet in acht genomen. Het EHRM lijkt de meeste waarde te hechten aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. In scenario vier staat de bestuurder voor een dilemma, waar beide opties negatieve gevolgen kunnen hebben voor de rechtspersoon en voor zichzelf. Daarnaast lijkt het scenario problematisch in verhouding tot de ratio van de menselijke waardigheid. De bestuurder kan enerzijds bestraft worden voor het niet of onvolledig verklaren en anderzijds loopt de bestuurder het risico zelf vervolgd te worden voor het strafbare feit.

Volgens de analyse in hoofdstuk twee oordeelt het HvJ waarschijnlijk dat het beschreven scenario niet problematisch is in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel. Zoals vermeld, is het enerzijds mogelijk dat het HvJ oordeelt dat bestuurders een beperkt zwijgrecht hebben en verplicht zijn om alle inlichtingen over de feiten te verstrekken, zelfs wanneer bestuurders zichzelf belasten. Anderzijds is het mogelijk dat het HvJ vaststelt dat bestuurders zich op hun eigen, ruimere zwijgrecht kunnen beroepen. Mijns inziens zal het HvJ waarschijnlijk oordelen dat bestuurders verplicht zijn om mee te werken aan het onderzoek naar een overtreding van de rechtspersoon, ook al bestaat het risico dat de bestuurder zichzelf daarmee kan belasten. Het HvJ zal bij bestuurders waarschijnlijk sneller tot dit oordeel komen dan bij werknemers het geval is. De bestuurder heeft een bijzondere positie binnen de organisatie van de rechtspersoon. Bestuurders voelen zich vaak vereenzelvigd met de rechtspersoon: het oordeel van het HvJ zou daarom kunnen zijn dat aan hen ook niet het eigen zwijgrecht toekomt, maar het beperkte zwijgrecht van de rechtspersoon. Zoals uit de analyse van hoofdstuk twee blijkt, hecht het HvJ waarde aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Daarbij hecht het HvJ waarde aan de effectieve handhaving van overtredingen van het EU-recht. Indien bestuurders zich op hun eigen zwijgrecht kunnen beroepen, wordt het lastig om handhavend op te treden tegen de overtredingen van rechtspersonen. Het HvJ zal het beschreven scenario, waarin een bestuurder feitelijke informatie over de rechtspersoon heeft moeten verstrekken en zichzelf daarmee belast, in vergelijking met het EHRM waarschijnlijk als minder problematisch beschouwen in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel.

In hoofdstuk vier is duidelijk geworden dat de beschreven scenario’s vooral problematisch lijken in het licht van de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot het nemo tenetur-beginsel. Wanneer deze scenario’s bekeken worden aan de hand van de rechtspraak van het HvJ lijken deze minder problematisch. Een mogelijke verklaring voor deze verschillen tussen het EHRM en het HvJ lijkt gelegen in de manier waarop zij het zwijgrecht aan rechtspersonen toekennen. Het HvJ kent een beperkt zwijgrecht toe aan rechtspersonen, terwijl het EHRM momenteel dezelfde reikwijdte van het zwijgrecht hanteert voor rechtspersonen als natuurlijke personen. In de conclusie worden deze bevindingen verder geanalyseerd, waarna een antwoord op de hoofdvraag zal worden geformuleerd.

# **Hoofdstuk 5 | Conclusie**

## **§5.1 Het zwijgrecht van de rechtspersoon en het nemo tenetur-beginsel**

In deze scriptie is onderzocht hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon zich verhoudt tot het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht. De hoofdvraag die daarbij is gesteld, luidt: *in hoeverre is het zwijgrecht van de rechtspersoon in de Nederlandse rechtspraktijk in overeenstemming met de betekenis en de ratio van het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit het EVRM en het EU-recht?*

Om deze vraag te beantwoorden is ten eerste ingegaan op de betekenis die het EHRM en het HvJ aan het nemo tenetur-beginsel toekennen. Het nemo tenetur-beginsel houdt in dat niemand is gehouden (bewijs) tegen zichzelf te leveren. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel staan niet uitdrukkelijk in het EVRM, maar het EHRM heeft in zijn rechtspraak overwogen dat deze beginselen ingelezen moeten worden in artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces. Elke strafzaak dient eerlijk te verlopen, waarbij de rechten van de verdediging ten aanzien van het ingebrachte bewijs moeten worden gerespecteerd. Het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel zijn niet absoluut.

In de arresten *Jalloh* en *De Legé* is het EHRM met een toetsingskader gekomen voor het nemo tenetur-beginsel. Voorwaarden voor het inroepen van het nemo tenetur-beginsel zijn dat er enige vorm van dwang moet worden uitgeoefend en dat er sprake dient te zijn van een *criminal charge* of van belastende informatie die onder dwang is verkregen en in een latere straf- of boeteprocedure wordt gebruikt. Als aan de voorwaarden is voldaan, wordt beoordeeld of het bewijsmateriaal wilsonafhankelijk of wilsafhankelijk is. Het nemo tenetur-beginsel is primair gericht op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen. Wilsonafhankelijk materiaal valt daarom in beginsel niet binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. In gevallen waarin het nemo tenetur-beginsel van toepassing is, wordt onderzocht of de procedure een schending van artikel 6 EVRM oplevert. Beoordeeld wordt of de mate van dwang *the very essence* van het nemo tenetur-beginsel aantast, waardoor het onverenigbaar is met het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM indien het bewijs wordt gebruikt. Of de procedure als geheel beschouwd eerlijk is verlopen, wordt beoordeeld aan de hand van de factoren uit het arrest *Jalloh*: *the nature and degree of the compulsion*, *the existence of any relevant safeguards in the procedure* en *the use to which any material so obtained is put*. Het EHRM heeft hiermee een toetsingskader gegeven om in concrete gevallen te beoordelen of er sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel en het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM.

Om inzicht te krijgen in het nemo tenetur-beginsel, zijn de rechtsgronden van het nemo tenetur-beginsel geanalyseerd. In de literatuur worden vier ratio’s onderscheiden: het voorkomen van ongeoorloofde dwang, het tegengaan van rechterlijke dwalingen, de procesautonomie van de verdachte en de menselijke waardigheid. In de rechtspraak van het EHRM worden alleen de eerste twee genoemde ratio’s uitdrukkelijk erkend als ratio van het nemo tenetur-beginsel. De menselijke waardigheid en de procesautonomie van de verdachte worden niet uitdrukkelijk erkend als ratio van het nemo tenetur-beginsel in de rechtspraak van het EHRM.

De verhouding tussen de verschillende ratio’s van het nemo tenetur-beginsel is beoordeeld. Op basis van de analyse in hoofdstuk twee lijkt het EHRM de meeste waarde te hechten aan de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Deze ratio’s worden als verklaring genoemd voor het feit dat wilsonafhankelijk bewijsmateriaal niet binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel valt. Bovendien toont de rechtspraak van het EHRM aan dat wanneer het nemo tenetur-beginsel voornamelijk steunt op de autonomie van de verdachte, het algemeen belang van effectieve handhaving zwaarder kan wegen dan de autonomie. Hoewel het EHRM de nadruk legt op het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen, betekent dit niet dat de andere twee ratio’s onbelangrijk zijn. De rechtsgrond van het nemo tenetur-beginsel is gelegen in een samenhang van de verschillende ratio’s. De procesautonomie en de menselijke waardigheid leggen de nadruk op het belang van de verdachte, terwijl het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen de nadruk leggen op de opsporing. Bij rechtspersonen zijn de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen minder snel in het geding dan bij natuurlijke personen. Een natuurlijk persoon die de rechtspersoon vertegenwoordigt, zal de dwang anders ervaren, aangezien de vervolging gericht is op de rechtspersoon en niet op de natuurlijke persoon zelf.

In hoofdstuk twee is onderzocht of het nemo tenetur-beginsel dezelfde reikwijdte heeft voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen. Het HvJ oordeelt dat het nemo tenetur-beginsel en het zwijgrecht niet belemmeren dat een rechtspersoon verplicht is inlichtingen over feiten te verstrekken, zelfs als de Europese Commissie met deze inlichtingen kan bewijzen dat de rechtspersoon het mededingingsrecht heeft geschonden. Rechtspersonen kunnen echter niet verplicht worden om antwoorden te geven waarmee zij in wezen toegeven het mededingingsrecht te hebben geschonden. Het HvJ kent een beperkt zwijgrecht toe aan rechtspersonen binnen het mededingingsrecht. Aangezien er steeds vaker een uniforme uitleg aan de grondbeginselen van het EU-recht wordt gegeven, is het mogelijk dat een beperkt zwijgrecht voor rechtspersonen ook geldt in het strafrecht. Volgens het HvJ gaat een absoluut zwijgrecht voor rechtspersonen verder dan noodzakelijk is en belemmert het de commissie in de taak om toe te zien op de naleving van het EU-recht. Dit is te verklaren vanuit de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. Deze ratio’s zijn, zoals vermeld, minder snel in het geding bij rechtspersonen. Het zwijgrecht van rechtspersonen is dus voornamelijk gebaseerd op de ratio van de procesautonomie van de verdachte. Het beperkte zwijgrecht van de rechtspersoon wordt bevestigd in de EU-richtlijn 2016/343. In deze richtlijn verklaart het HvJ dat het vermoeden van onschuld, waaronder het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel, slechts van toepassing is op natuurlijke personen.

Het EHRM heeft zich niet expliciet uitgesproken over de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen, maar vooralsnog is artikel 6 EVRM op dezelfde manier van toepassing op natuurlijke personen als rechtspersonen. Het EHRM kan in de beoordeling van de *overall fairness of the proceedings* van artikel 6 EVRM bij rechtspersonen wel rekening houden met extra factoren. Op dit moment kent het HvJ aan rechtspersonen een beperkter nemo tenetur-beginsel dan dat het EHRM doet. Dit is opmerkelijk, want de EU-richtlijn 2016/343 geeft aan dat geen enkele bepaling van de richtlijn mag worden opgevat als beperking of afwijking van de rechten en procedurele waarborgen die zijn vastgelegd in het EVRM.

Het EHRM heeft het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel momenteel niet beperkt voor rechtspersonen. Dit kan enerzijds impliceren dat het EHRM geen beperking heeft willen aanbrengen op de reikwijdte van het zwijgrecht van rechtspersonen. Anderzijds zijn er redenen besproken die erop wijzen dat het EHRM in de toekomst alsnog het zwijgrecht van rechtspersonen gaat beperken. In de rechtspraak van het EHRM wordt duidelijk dat de verdedigingsrechten van rechtspersonen soms moeten wijken voor het algemeen belang. Dit kan in bepaalde situaties leiden tot een beperking van het nemo tenetur-beginsel voor rechtspersonen. Daarnaast lijken de vier ratio’s die er gezamenlijk toe geleid hebben dat het nemo tenetur-beginsel werd toegekend aan natuurlijke personen, slechts beperkt van toepassing op rechtspersonen. De ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen zijn zelden in het geding bij rechtspersonen. Dit kan een rechtvaardiging vormen voor een beperkt zwijgrecht voor rechtspersonen. Het EHRM overwoog verder dat het vermelden van eenvoudige feiten door kentekenhouders geen inbreuk maakt op het nemo tenetur-beginsel, zelfs als de persoon zichzelf kan incrimineren. Dit duidt er mogelijk op dat het EHRM ook feitelijke informatie van rechtspersonen kan verlangen, zelfs wanneer zij zichzelf kunnen incrimineren.

Nadat het internationale recht in kader is gebracht en aan de hand daarvan het juridisch kader is uiteengezet, is in hoofdstuk drie ingegaan op het zwijgrecht van de rechtspersoon in Nederland. In artikel 51 Sr is vastgesteld dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan. Artikel 51 Sr lijkt uit te gaan van een volledige gelijkschakeling met natuurlijke personen, waardoor de rechtspersoon als volwaardig rechtssubject kan worden beschouwd. Met de komst van dit artikel in 1976 werd de klassieke opvatting van de wetgever dat “*de fictie der regtspersoonlijkheid niet bestaat op het gebied van het strafregt*” losgelaten. Bij de totstandkoming van artikel 51 Sr en artikel 15 WED (oud) hebben vooral materieel-strafrechtelijke vragen de aandacht gekregen en leken de vragen op het terrein van de rechtsbescherming en het strafprocesrecht minder belangrijk. Het feit dat rechtspersonen in het strafrecht volwaardig rechtssubject zijn, leidt ertoe dat verdachte rechtspersonen, net als natuurlijke personen, aanspraak maken op verschillende rechten en plichten. Wanneer rechtspersonen als verdachte worden aangemerkt in de zin van artikel 27 Sv, komt aan hen het zwijgrecht en de cautieplicht uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv toe. De rechtspersoon is echter een juridische constructie die niet zelf kan spreken, waardoor hij dit recht slechts kan uitoefenen via natuurlijke personen binnen de rechtspersoon.

Naar aanleiding van bovenstaande discrepantie aangaande het uitoefenen van het zwijgrecht door rechtspersonen, is onderzocht hoe dit gewaarborgd is. Naar mijn mening is het opmerkelijk dat de wetgever tot op heden geen wettelijke regeling heeft gecreëerd om het zwijgrecht van de rechtspersoon te waarborgen in de opsporingsfase. De procespositie van zowel de rechtspersoon, de vertegenwoordigers als de werknemers is hierdoor onduidelijk. De HR heeft bepaald dat aan werknemers geen afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon toekomt en dat werknemers als getuige worden gehoord. Dit vormt in principe geen probleem, want werknemers zijn niet verplicht om te getuigen tegenover opsporingsambtenaren in de opsporingsfase. Het is echter van belang dat werknemers zich bewust zijn van hun rechtspositie. In de praktijk blijkt dit vaak niet het geval te zijn, waardoor werknemers soms ongewilde verklaringen afleggen. In artikel 528 Sv is de vertegenwoordiging van de rechtspersoon in de vervolgingsfase geregeld. In de literatuur bestaat discussie over de vraag of artikel 528 Sv ook van toepassing is in de opsporingsfase. Mijns inziens zou de Nederlandse wetgever een wettelijke regeling moeten vaststellen waarin wordt bepaald dat aan de vertegenwoordiger van een rechtspersoon het zwijgrecht en de cautie van de rechtspersoon moet worden gegeven in de opsporingsfase. Verder doen zich in de vervolgingsfase een aantal knelpunten voor in de uitoefening van het zwijgrecht van de rechtspersoon. Indien bestuurders en werknemers als getuige verklaren tegen de rechtspersoon, bestaat een groot risico dat zij eveneens zichzelf incrimineren. Bestuurders en werknemers kunnen op basis van deze verklaringen veroordeeld worden als feitelijk leidinggever of deelnemer aan een strafbaar feit. Verder is het mogelijk dat bestuurders en werknemers het gevoel hebben dat zij zichzelf schuldig verklaren met het afleggen van belastende verklaringen tegen de rechtspersoon.

In hoofdstuk vier is de Nederlandse rechtspraktijk met betrekking tot het zwijgrecht van de rechtspersoon onderzocht aan de hand van het nemo tenetur-beginsel en is de rechtspraak van het EHRM en HvJ vergeleken. Het zwijgrecht van de rechtspersoon dat niet gewaarborgd is in de opsporingsfase, is geanalyseerd. Volgens het EHRM moeten de rechten uit het EVRM *practical* en *effective* zijn en niet louter *theoretical* en *illusory*. Het zwijgrecht van de rechtspersoon is niet gewaarborgd in de opsporingsfase, waardoor het onduidelijk is wie het zwijgrecht namens de rechtspersoon kan uitoefenen en aan wie de cautie moet worden gegeven. De rechtspersoon kan zijn procespositie niet bepalen waardoor het zwijgrecht in deze fase slechts *theoretical* en *illusory* is. Dit is problematisch in het licht van de rechtspraak van het EHRM. Binnen het kader van de rechtspraak van het HvJ is het minder problematisch dat het zwijgrecht van de rechtspersoon niet goed gewaarborgd is: het HvJ kent aan rechtspersonen namelijk een beperkt zwijgrecht toe. Rechtspersonen kunnen zich slechts in bepaalde gevallen op het zwijgrecht beroepen en zullen doorgaans verplicht zijn om mee te werken aan het opsporingsonderzoek.

Tevens zijn de problematische aspecten van het zwijgrecht van de rechtspersoon in hoofdstuk vier aan de hand van verschillende scenario’s geïllustreerd. De mogelijke oordelen van het EHRM en het HvJ over deze problematische aspecten zijn onderzocht aan de hand van de betekenis en de onderliggende ratio’s van het nemo tenetur-beginsel. Er zijn drie verschillende knelpunten geconstateerd. Het eerste knelpunt is dat werknemers en bestuurders onder dwang kunnen worden gezet om belastend te verklaren tegen de rechtspersoon. Wanneer zij immers niet of onvolledig verklaren, kunnen bestuurders en werknemers volgens de wet bestraft worden. Indien werknemers en bestuurders belastend verklaren tegen de rechtspersoon, is het mogelijk dat zij bewijs tegen zichzelf leveren, bijvoorbeeld door het toegeven van betrokkenheid bij het strafbare feit. Dit kan ertoe leiden dat werknemers en bestuurders op basis van hun eigen verklaring als feitelijk leidinggever of deelnemer van een strafbaar feit worden vervolgd. Het tweede knelpunt is dat werknemers en bestuurders die belastend tegen de rechtspersoon verklaren, het gevoel kunnen hebben dat zij indirect meewerken aan hun eigen schuld. Werknemers en bestuurders voelen zich onderdeel van de organisatie van de rechtspersoon. De veroordeling van de rechtspersoon kan hen het gevoel geven dat zij zelf ook schuldig worden verklaard. Werknemers en bestuurders kunnen dit ervaren als het indirect meewerken aan hun eigen schuld. Het laatste knelpunt is dat de vertegenwoordiger van een rechtspersoon in de opsporingsfase een belastende verklaring tegen de rechtspersoon kan afleggen, zonder dat hij is gewezen op het zwijgrecht en zonder dat de cautie is gegeven. De bestuurder die optreedt als vertegenwoordiger en vereenzelvigd wordt met de rechtspersoon, heeft dan een belastende verklaring afgelegd tegen de rechtspersoon.

De in hoofdstuk vier beschreven knelpunten lijken met name problematisch in relatie tot de rechtspraak van het EHRM (en minder in relatie tot de rechtspraak van HvJ). Het EHRM verklaart artikel 6 EVRM, waaronder het nemo tenetur-beginsel, momenteel op dezelfde manier van toepassing op rechtspersonen als op natuurlijke personen. Het nemo tenetur-beginsel is gebaseerd op vier verschillende ratio’s, waarbij het EHRM de nadruk lijkt te leggen op de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen. De verschillende knelpunten lijken voornamelijk betrekking te hebben op deze onderliggende ratio’s. In het eerste knelpunt wordt er ontoelaatbare druk uitgeoefend op de bestuurders en werknemers, wat kan leiden tot rechterlijke dwalingen. Bovendien is het problematisch vanuit de ratio van de menselijke waardigheid om een persoon te laten kiezen tussen het afleggen van een verklaring, waarmee hij mogelijk bijdraagt aan bewijs tegen zichzelf, of het weigeren van medewerking, wat ook strafbaar is. Het derde knelpunt is vooral problematisch in verband met de ratio van de procesautonomie van de verdachte, omdat de rechtspersoon zijn eigen processtrategie niet kan bepalen. De verdachte rechtspersoon levert in feite zelf het bewijs doordat de bestuurder, die als vertegenwoordiger van de rechtspersoon is aangewezen, als getuige tegen de rechtspersoon verklaart. De vertegenwoordiger wordt niet op zijn rechten gewezen. Het tweede knelpunt valt wellicht niet binnen de strikte reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel, maar het EHRM zou het dilemma toch problematisch kunnen beschouwen vanuit de ratio van de menselijke waardigheid. Aangezien het EHRM het zwijgrecht van rechtspersonen niet heeft beperkt en alle vier de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel in onderlinge samenhang beschouwt, komt het EHRM tot een ander oordeel dan het HvJ.

De geschetste scenario’s komen niet strijd met de interpretatie van het nemo tenetur-beginsel door het HvJ. Het HvJ kent aan rechtspersonen een beperkt zwijgrecht toe. Een mogelijke verklaring hiervoor is dat de ratio’s van het voorkomen van ongeoorloofde dwang en het tegengaan van rechterlijke dwalingen minder snel in het geding zijn bij rechtspersonen dan bij natuurlijke personen. Het HvJ lijkt dus, doordat hij een beperking op het zwijgrecht heeft aangebracht, vooral waarde te hechten aan deze twee ratio’s en minder aan de ratio van de procesautonomie van de verdachte. Op basis van een logische redenering zal het HvJ oordelen dat natuurlijke personen, die werkzaam zijn voor een rechtspersoon, verplicht zijn om mee te werken aan het onderzoek naar een overtreding van de rechtspersoon, ook al bestaat het risico dat een persoon zichzelf daarmee kan belasten. Zonder deze verplichting zou het lastig worden om effectief op te treden tegen de overtredingen van het EU-recht door rechtspersonen. Bovendien lijkt het HvJ in zijn rechtspraak minder waarde te hechten aan de ratio van de menselijke waardigheid waardoor het minder problematisch is wanneer een werknemer of bestuurder het idee krijgt dat hij door een verklaring af te leggen bijdraagt aan de bewijslast tegen zichzelf. Het lijkt daarnaast mogelijk dat een bestuurder, die als vertegenwoordiger wordt aangewezen en dus als het ware vereenzelvigd wordt met de rechtspersoon, inlichtingen verstrekt over de feiten binnen een rechtspersoon. Dat daarmee aangetoond kan worden dat de rechtspersoon een overtreding heeft begaan, lijkt volgens het HvJ niet problematisch in verhouding tot het nemo tenetur-beginsel van de rechtspersoon.

De Nederlandse rechtspraktijk inzake het zwijgrecht van de rechtspersoon komt niet volledig overeen met de betekenis en de ratio’s van nemo tenetur-beginsel zoals uitgelegd door het EHRM. Of het EHRM daadwerkelijk een schending van artikel 6 EVRM zal aannemen in de beschreven scenario’s, is echter afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval en wordt bezien in het licht van de procedure als geheel. In vergelijking met het kader van het HvJ is de Nederlandse rechtspraktijk minder problematisch. Volgens het HvJ kunnen rechtspersonen in sommige situaties bewijs tegen zichzelf leveren doordat zij verplicht zijn inlichtingen te verstrekken over bepaalde feiten.

## **§5.2 Aanbevelingen**

Om de problematische aspecten in de praktijk op te lossen, en het zwijgrecht van de rechtspersoon in Nederland beter in overeenstemming te brengen met het nemo tenetur-beginsel van het EHRM, wordt een aantal aanbevelingen gegeven.

Ten eerste zou de wetgever een regeling moeten vaststellen die de procespositie van verdachte rechtspersonen in de opsporingsfase van een strafproces waarborgt. In zowel artikel 51 Sr als in de rechtspraak van het EHRM zijn momenteel geen aanknopingspunten te vinden om het zwijgrecht van rechtspersonen te beperken. Met alle aandacht voor het daderschap, de vervolging en bestraffing van rechtspersonen, mogen nadere voorzieningen omtrent zijn procespositie niet ontbreken. Om deze leemte te vullen, strekt het tot aanbeveling om meer voorzieningen aangaande de procespositie van de rechtspersoon in de opsporingsfase vast te stellen. In het wetsvoorstel voor het nieuwe wetboek van Strafvordering is de regeling omtrent de vertegenwoordiging van rechtspersonen in Titel 1.3 geregeld. De vertegenwoordiging van rechtspersonen in Titel 1.3 is slechts van toepassing op de strafvervolging, niet op de opsporingsfase. Om de procespositie van rechtspersonen in de opsporingsfase te waarborgen dient de wetgever de reikwijdte van het huidige artikel 528 Sv aan te passen, waardoor dit artikel ook van toepassing wordt op de opsporingsfase. Mijns inziens zou in dit artikel vastgelegd kunnen worden dat de rechtspersoon één vertegenwoordiger moet kunnen aanwijzen aan wie het zwijgrecht en de cautie van de rechtspersoon uit artikel 29 lid 1 en 2 Sv toekomen. Op deze manier bestaat er aandacht voor zowel de bewijsvergaring als voor het zwijgrecht van de rechtspersoon.

Ten tweede zou de wetgever een wettelijke regeling in het wetboek van Strafvordering moeten treffen, die voorkomt dat bestuurders en werknemers gedwongen kunnen worden om bewijs tegen zichzelf te leveren. In de vervolgingsfase kunnen getuigen zich beroepen op het verschoningsrecht uit artikel 219 Sv indien aan hen een vraag wordt gesteld waarmee zij zichzelf kunnen belasten. Opsporingsambtenaren en rechters zijn echter niet verplicht om een getuige uitdrukkelijk te wijzen op hun verschoningsrecht. Het verschoningsrecht uit artikel 219 Sv biedt dus enkel soelaas voor bestuurders en werknemers die goed op de hoogte zijn van hun rechten. Mijns inziens zou een algemeen recht tot verschoning vastgelegd kunnen worden in de wet om te voorkomen dat de rechter in ieder individueel geval moet beoordelen of het verschoningsrecht van toepassing is. Dit zal tot minder discussie over de reikwijdte van het verschoningsrecht leiden. Op deze manier zou het nemo tenetur-beginsel (en alle vier de ratio’s van het nemo tenetur-beginsel) van bestuurders en werknemers beter gewaarborgd kunnen worden. Mijns inziens zal dit niet tot grote bewijsmoeilijkheden leiden. Bovendien beschikt de vervolgende autoriteit over voldoende alternatieve onderzoeksbevindingen die kunnen worden gebruikt om bewijs te verzamelen. Denk hierbij aan de algemene opsporingsbevoegdheden uit het wetboek van Strafvordering of aan de onderzoeksbevoegdheden uit de WED.

Als derde aanbeveling zou de wetgever mijns inziens een wettelijke regeling moeten creëren waarin het zwijgrecht en de cautie van de rechtspersoon zowel in de opsporingsfase als vervolgingsfase wordt gewaarborgd. De wetgever zou aan artikel 29 Sv een nieuw lid kunnen toevoegen waarin aan de vertegenwoordiger in de opsporings- en vervolgingsfase het zwijgrecht van de rechtspersoon wordt toegekend en waarin staat dat aan de vertegenwoordiger de cautie moet worden gegeven. Hiermee zou het probleem dat een vertegenwoordiger een belastende verklaring aflegt die tegen de rechtspersoon wordt gebruikt, zonder dat de vertegenwoordiger vooraf op zijn rechten is gewezen, kunnen worden verholpen.

Een laatste aanbeveling is dat rechtspersonen hun werknemers goed informeren over hun rechtspositie in de opsporingsfase van een strafzaak. Werknemers zijn wettelijk niet verplicht om te verklaren tegenover opsporingsambtenaren in de opsporingsfase. Voor werknemers is dit echter vaak onduidelijk. Wanneer werknemers onaangekondigd geconfronteerd worden met opsporingsambtenaren, kan dit de indruk wekken dat zij verplicht zijn te verklaren. Hiermee is het mogelijk dat werknemers ongewilde verklaringen afleggen tegenover opsporingsambtenaren waarmee zij mogelijk zichzelf of de rechtspersoon belasten. Het is aan rechtspersonen om hun werknemers goed te instrueren over het feit dat zij niet verplicht zijn om vragen te beantwoorden ten overstaan van opsporingsambtenaren in de opsporingsfase. Naast het instrueren van werknemers, kan eveneens aan werknemers de opdracht gegeven worden om opsporingsambtenaren door te verwijzen naar de vertegenwoordiger van de rechtspersoon. In de vervolgingsfase, bij de RC of de zittingsrechter, zijn werknemers en de bestuurders verplicht te verklaren. Om te voorkomen dat werknemers en bestuurders in de vervolgingsfase alsnog bewijs tegen zichzelf leveren, zou de tweede aanbeveling kunnen worden opgevolgd.

Voor toekomstig onderzoek is het waardevol om te bekijken hoe het zwijgrecht van de rechtspersoon is geregeld in buurlanden zoals België en Luxemburg. Een vergelijking met buurlanden zou nieuwe inzichten kunnen opleveren en mogelijke oplossingen kunnen aandragen voor knelpunten die zich voordoen in de Nederlandse rechtspraktijk inzake het zwijgrecht van de rechtspersoon.

Door deze aanbevelingen te volgen, kan de Nederlandse rechtspraktijk van het zwijgrecht van de rechtspersoon meer zekerheid bieden voor de procespositie van zowel de rechtspersoon, de bestuurders als zijn werknemers. Bovendien zou het zwijgrecht van de rechtspersoon op deze manier op een effectieve wijze kunnen worden uitgeoefend. Dit heeft tot gevolg dat het zwijgrecht van de rechtpersoon meer in overeenstemming wordt gebracht met het nemo tenetur-beginsel voortvloeiend uit de rechtspraak van het EHRM.

# **Literatuurlijst**

**Alkema 1980**

E.A. Alkema, annotatie bij EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, *NJ* 1980/146 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

**Ansmink 1981**

A.A. Ansmink, ‘Het meewerken van de verdachte aan zijn veroordeling en art. 29 Sv’, *RM Themis* 1981, afl. 5, p. 426-448.

**Bakker & Mooijen 2014**

M. Bakker & J. Mooijen, ‘Het zwijgen van de onderneming: een advocaat en officier van justitie spreken’, *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk* 2014, afl. 5-6, p. 10-15.

**Bedau & Radelet 1987**

H.A. Bedau & M.L. Radelet, ‘Miscarriages of Justices in Potentially Capital Cases’*, Stanford Law Review* 1987, afl. 1, p. 21-179.

**Bemelmans 2018**

J.H.B Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, theoretisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Borgers, Kooijmans & Corstens 2021**

M. Borgers, T. Kooijmans & G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Busstra 2008**

M. Busstra, ‘Eigen verantwoordelijkheid bij mensenrechten: een verkenning binnen het EVRM-systeem’, *NJCM-bulletin* 2008, afl. 3, p. 345-363.

***Case-law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters*2024**

*Case-law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters,*Den Haag: Eurojust 2024.

**Cleiren & Cnossen, in: *T&C Strafvordering***

C.P.M. Cleiren & J.P. Cnossen, ‘Commentaar op art. 528 Sv’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering,* Deventer: Wolters Kluwer (online).

**Delanote 2021**

M. Delanote, ‘Hof van Justitie erkent ruime draagwijdte van het zwijgrecht’, *Fisc. Act.* 2021, afl. 7, p. 5-9.

**Doorenbos 2013**

D.R. Doorenbos, ‘Het zwijgrecht van de rechtspersoon’, *Tijdschrift voor Sanctierecht & Compliance* 2013, afl. 5, p. 175-181.

**Doorenbos 2015**

D.R. Doorenbos, ‘Verdedigingsrechten van rechtspersonen in het strafproces’, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2015, afl. 1, p. 199-250.

**Doorenbos 2023**

D.R. Doorenbos, ‘Wat is een rechtspersoon in de zin van artikel 51 Sr?’, *AA* 2023, afl. 9, p. 676-682.

**Doorenbos 2024**

D.R. Doorenbos, ‘Meer aandacht voor de rechtspersoon’, *DD* 2024/8, p. 79-99.

**European Court of Human Rights 2007**

European Court of Human Rights, *positive obligations under the European Convention on Human Rights: a guide to the implementation of the European Convention of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights 2007, [www.rm.coe.int.](http://www.rm.coe.int/)

**European Court of Human Rights 2014**

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention of Human Rights: Right to a fair trial (criminal limb)*, Council of Europe/European Court of Human Rights 2014, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

**European Court of Human Rights 2022**

European Court of Human Rights 2022, *Finding and understanding the case-law*, Council of Europe/European Court of Human Rights 2022, [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

**Feteris 1997**

M.W.C. Feteris, annotatie bij EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *BNB* 1997/254*.*

**Gerards 2011**

J. Gerards,*EVRM – algemene leerstukken,* Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**Gritter 2003**

E. Gritter, *Effectiviteit en aansprakelijkheid in het economisch ordeningsrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

**Van de Gronden e.a. 2021**

J. van de Gronden e.a., *Kern van het Europees recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2021.

**De Haas & Vissers 2014**

P. de Haas & A.B. Vissers, ‘Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!’, *Tijdschrift Formeel belastingrecht* 2014, afl. 1, p. 77-113.

**'t Hart & De Vries-Leemans 1986**

A.C. 't Hart & M.J.H.J. de Vries-Leemans, ‘Enige opmerkingen betreffende het feitelijk leiding geven’, in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 289–301.

**Hartmann & De Meijer 1996**

A.R. Hartmann & M.E. de Meijer, ‘De personele werkingssfeer van het zwijgrecht en de cautieverplichting bij de verdachte rechtspersoon’, *NJB* 1996, afl. 42, p. 1768-1773.

**De Hullu & Van Kempen 2024**

J. de Hullu & P.H.P.H.M.C van Kempen, *Materieel strafrecht – over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht,* Deventer: Wolters Kluwer 2024.

**Jörg 1990**

N. Jörg, *Strafbare rechtspersonen in Amerika: corporaties en hun functionarissen in het Amerikaanse strafrecht in rechtsvergelijkend perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

**Jörg, in: *WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a***

N. Jörg, ‘commentaar op art. 29 Sv’, in: A.L. Melai & M.S. Groenhuijsen, *Wetboek van Strafvordering (Melai/Groenhuijsen c.s.),* Deventer: Wolters Kluwer (online).

**Van Kempen 2007**

P.H.P.H.M.C van Kempen, annotatie bij EHRM 11 juni 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJCM-Bulletin* 2007/3 (*Jalloh t. Duitsland*).

**Van Kempen 2011**

P.H.P.H.M.C van Kempen, ‘The recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?’, in; M. Pieth & R. Ivory (red.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk* (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9), New York/Dordrecht/Heidelberg/London: Springer 2011, p. 355-389.

**Kesteloo 2013**

A.N. Kesteloo, *De rechtspersoon in het strafrecht,* Deventer: Wolters Kluwer 2013.

**Keulen 2013**

B.F Keulen, annotatie bij HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, *NJ* 2013/310.

**Knigge 1996**

G. Knigge, annotatie bij EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, *NJ* 1996/725 (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

**Knigge 1997**

G. Knigge, annotatie bij EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk).*

**Koops 2000**

B.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, Deventer: Kluwer 2000.

**Koops & Stevens 2003**

B.J Koops & L. Stevens, ‘J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur’, *DD* 2003, afl. 3, p. 281-294.

**Koops 2012**

B.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel – Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?*, Meppel: Boom Lemma Uitgevers 2012.

**Lamberigts 2019**

S. Lamberigts, ‘Rechtspersonen en hun zwijgrecht: geen onoverkomelijk obstakel voor vervolging’, *De Juristenkrant* 2019, afl. 389, p. 12.

**Lensing 1988**

J.A.W. Lensing, *Het verhoor van de verdachte in strafzaken: een rechtsvergelijkende studie,* Arnhem: Gouda Quint 1988.

**Ligthart 2021**

S. Ligthart, ‘Autonomie en privacy als rechtsgronden van het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel?’, *NJB* 2021, afl. 32, p. 2660-2666.

**Ligthart 2023**

S. Ligthart, ‘Nemo tenetur: Naar de ontwikkeling van een nationaal theoretisch beginsel? Een eerste verkenning’, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2023, afl. 2, 109-122.

**Mevis 2011**

P. Mevis, annotatie bij HR 8 februari 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BM8028, *NJ* 2011/314.

**Myjer 1997**

E. Myjer, ‘Rechtspersoonlijk recht op een behoorlijke strafprocedure’, in: M. van Kraaij en A. van Veen (red.), *Onderneming en Strafrecht,* Nijmegen 1997, p. 21-32.

**Nan 2016**

J.S. Nan, ‘Richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld; iets nieuws onder de zon?’, *DD* 2016/64, p. 706-723.

**Nan 2021**

J.S. Nan, ‘Een probleem rondom het nemo tenetur-beginsel?’, *Boom Strafblad* 2021, afl. 4, p. 116-128.

**Van Nijnatten 2022**

J.F.C van Nijnatten, annotatie bij EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, *FED* 2022/123.

**Peek & Tonino 2010**

S.M. Peek & J.H. Tonino, ‘Het zwijgrecht bij ondervraging van de onderneming’, *V&O* 2010, afl. 7/8, p. 149-152.

**Pivaty e.a. 2022**

A. Pivaty e.a., *U bent niet tot antwoorden verplicht, maar...': Inzichten en opvattingen over het zwijgrecht vanuit de rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridisch 2022.

**Ros 2023**

E. Ros, ‘Nemo-teneturbeginsel en zwijgrecht: een beginnende dialoog tussen Luxemburg en Straatsburg?’, *MBB* 2023, afl. 11, p. 22-35.

**De Ruyter 2008**

B.G.H. de Ruyter, ‘Wiens brood men eet, diens woord met spreekt … of zwijgt? Het dilemma van de werknemer’, *NJB* 2008, afl.11, p. 622-630.

**Schalken 2007**

T.M Schalken, annotatie bij EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJ* 2007/226 (*Jalloh t. Duitsland*).

**Stevens 2005**

L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

**Stevens 2007**

L. Stevens, ‘De reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel buiten de verklaringsvrijheid. Noot bij Hoge Raad 19-09-2006’, *NJCM-bulletin* 2007, afl. 5, p. 625-634.

**Stevens 2019**

 L. Stevens, ‘Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur’, NJB 2019/315, p. 403.

**Van Strien 1996**

A.L.J van Strien, De rechtspersoon in het strafproces. Een onderzoek naar de procesrechtelijke aspecten van de strafbaarheid van rechtspersonen, Den Haag: Sdu Uitgeverij 1996.

**Van Toor 2013**

D.A.G. van Toor, ‘Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel. Is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?’, Strafblad. Het nieuwe tijdschrift voor strafrecht 2013, afl. 4, p. 317-323.

**Van Toor 2016**

D.A.G. van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel’, Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving 2016, afl. 1, p. 28-43.

**Van Toor 2021**

D.A.G van Toor, ‘Het nemo-teneturbeginsel bij digitale opsporingsbevoegdheden: oproep tot discussie over fundamentele bezinning van de normering van het opsporingsonderzoek in een digitale context’, Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving 2021, afl. 2, p. 89-100.

**Torringa 1984**

R.A. Torringa, Strafbaarheid van rechtspersonen, Arnhem: Gouda Quint 1984.

**Traousis 2021**

M.A.A. Traousis, ‘Hof van Justitie sluit zich voor het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel voor natuurlijke personen aan bij het EHRM’, *NtEr* 2021, afl. 5/6, p. 110-117.

**Veenbrink 2021**

M. Veenbrink, ‘The Freedom from Self-Incrimination – A Strasbourg-Proof Approach? Cases C-466/19P Qualcomm and C-481/19P Db v Consob’, Journal of European Competition Law & Practice 2021, afl. 12, p. 750- 752.

**Verbruggen e.a. 2017**

A. Verbruggen e.a., Onderneming en strafbaar feit, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

**Wijsman 2017**

L.C.A. Wijsman, Nemo tenetur in belastingzaken (Fiscale Monografieën nr. 150), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**De Witte 2019**

E. de Witte, 'Het zwijgrecht van de rechtspersoon: effectief in te zetten?', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2019, afl. 4, p. 248-254.

**Wortel 1987**

J. Wortel, *De onderneming in het strafrecht,* Lelystad: Koninklijke Vermande 1987.

# **Jurisprudentielijst**

EHRM 17 januari 1970, ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000268965 (*Delcourt t. België*).

EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, *NJ* 1978/223 (*Engel t. Nederland*).

EHRM 9 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, *NJ* 1980/376 m.nt. E. A. Alkema (*Airey t. Ierland*).

EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, *NJ* 1980/146, m.nt. E. A. Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 11 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0711DEC001159885 (*Société Stenuit t. Frankrijk*).

EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*).

EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 22 mei 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0522JUD002196193, *NJ* 1998/809, m.nt. G. Knigge (*Hozee t. Nederland*).

EHRM 25 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0125DEC003260296 (*Aannemersbedrijf Gebroeders Van Leeuwen B.V t. Nederland)*.

EHRM 6 april 2000,  ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003538297 (*Comingersoll S.A. t. Portugal*).

EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney and McGuinness t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, *NJ* 2003/54, m.nt. T.M. Schalken (*J.B. t. Zwitserland*).

EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197, *NJ* 2003/452, m.nt. E.J. Dommering (*Société Colas Est t. Frankrijk*).

EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, *NJCM-Bulletin* 2003/2, m.nt. E. Myjer (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 12 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1112DEC003255996, *EHRC* 2019/122, m.nt. J.M. Veenbrink (*Fortum Oil and Gas Oy t. Finland*).

EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh t. Oostenrijk*).

EHRM 24 maart 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:0324JUD006320700 (*Rieg t. Oostenrijk*).

EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*).

EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*).

EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, *NJ* 2009/214 (*Salduz t. Turkije*).

EHRM 30 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, *RvdW* 2009/1135 (*Bykov t. Rusland*).

EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, *NJ* 2010/628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen t. Duitsland*).

EHRM 5 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304, *NJB* 2012/1306 (*Chambaz t. Zwitserland*).

EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414 (*Van Weerelt t. Nederland*).

EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, *NJ* 2017/452(*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*).

EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*).

HvJ 18 oktober 1989, ECLI:EU:C:1989:387 (*Orkem t. Commissie*).

HvJ 20 april 1999, ECLI:EU:T:1999:80 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*).

HvJ 20 februari 2001, T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*).

HvJ 29 juni 2006, C-301/04, ECLI:EU:C:2006:432 (*SGL Carbon t. Commissie*).

HvJ 25 januari 2007, C‐407/04, ECLI:EU:C:2007:53 (*Dalmine t. Commissie*).

HvJ 14 maart 2014, ECLI:EU:T:2014:122, r.o. 62 (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*).

Concl. P. Pikamäe 27 oktober 2020, C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861 (*DB t. Consob).*

HvJ EU 2 februari 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84 (*DB t. Consob*).

HR 27 juni 1938, ECLI:NL:HR:1938:291, *NJ* 1939/60, m.nt. B.M. Taverne.

HR 27 januari 1948, ECLI:NL:HR:1948:98, *NJ* 1948/197, m.nt. W.P.J. Pompe (*V&D Ameublementen*).

Concl. F.F. Langemeijer HR 27 januari 1948, *NJ* 1948/197, m. nt. W.P.J. Pompe (*V&D Ameublementen*).

HR 14 maart 1950, ECLI:NL:HR:1950:65, *NJ* 1952/656, m.nt. W.P.J. Pompe (*Bijenkorf)*.

HR 13 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC3210, *NJ 1982/*17.

HR 26 januari 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0154, *NJ* 1988/815.

HR 20 maart 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1059, *NJ 1991/8,* m.nt. Th.W. van Veen.

HR 25 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8665, *NJ* 1992/7.

HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9378, *NJ* 1994/52.

HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1330, *NJ* 1999/633, m.nt. Knigge.

HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*).

HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M Reijntjes.

HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes.

HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2472.

HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322.

HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, *NJ* 2013/310, m.nt. B.F. Keulen.

HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJB* 2016/955 (*Feitelijk leidinggeven*).

HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:992, *RvdW* 2018/811.

HR 27 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:286, *NJ* 2024/141.

CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:445.

Hof Leeuwarden 2 februari 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BL1705.

Hof ’s-Hertogenbosch 19 oktober 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3539, *JM* 2022/149.

Rb. Rotterdam 14 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8400, *NJFS* 2013/71.

Rb. Zeeland-West-Brabant 24 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:191.

Rb. Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1137.

Rb. Rotterdam 27 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2075.

Rb. Oost-Brabant 1 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:939.

Rb. Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4028.

**Parlementaire documenten**

*Kamerstukken II* 1947-1948, 603, nr. 3 & 4.

*Kamerstukken II,* 1975-1976, 13655, nr. 1-3.

*Kamerstukken I,* 1975-1976, 13655, nr. 140b.

1. Doorenbos 2013, p. 175. [↑](#footnote-ref-1)
2. Doorenbos 2024, p. 97. [↑](#footnote-ref-2)
3. Myjer 1997, p. 29. [↑](#footnote-ref-3)
4. De Witte 2019, p. 248. [↑](#footnote-ref-4)
5. Gerards 2011, p. 31. Het EHRM en het HvJ zijn Europese gerechtelijke instanties. Het EHRM is opgesteld om individuen te beschermen tegen schendingen van mensenrechten zoals vastgelegd in het EVRM. Het EVRM is een internationaal verdrag voor de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in Europa. Het HvJ oordeelt over geschillen waarin de lidstaat het EU-recht heeft geschonden en weigert hier iets aan te doen. Daarnaast beantwoordt het HvJ prejudiciële vragen, dit zijn verzoeken van nationale rechters om een bepaalde Europeesrechtelijke kwestie op te helderen. Zie ook Van de Gronden e.a. 2021, p. 42-43. [↑](#footnote-ref-5)
6. Stevens 2005, p. 1. *Nemo tenetur prodere se ipsum* betekent dat niemand mag worden gedwongen zichzelf te belasten. Het beginsel heeft meerdere definities, zoals dat de verdachte niet verplicht is om mee te werken aan zijn proces, de verdachte niet verplicht is mee te werken aan zijn veroordeling, en ook dat niemand mag worden gedwongen (actief of passief) bewijs te leveren dat tegen hem wordt of zal worden gebruikt. [↑](#footnote-ref-6)
7. In het EU-recht worden het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel ingelezen in artikel 47 en 48 Handvest. [↑](#footnote-ref-7)
8. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-8)
9. Doorenbos 2015, p. 202; artikel 528 Sv. [↑](#footnote-ref-9)
10. Doorenbos 2015, p. 205; HR 13 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC3210, *NJ* 1982/17; Lensing 1988, p. 142. Ook de cautie uit artikel 29 lid 2 Sv moet tijdens de zitting aan de vertegenwoordiger van een rechtspersoon worden gegeven. [↑](#footnote-ref-10)
11. De Ruyter 2008, p. 622. [↑](#footnote-ref-11)
12. Doorenbos 2015, p. 231. [↑](#footnote-ref-12)
13. Kesteloo 2013, p. 126. [↑](#footnote-ref-13)
14. ‘Bedrijven’, [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl). [↑](#footnote-ref-14)
15. Artikel 1 Wet op de economische delicten (hierna: WED). In dit artikel is een opsomming van economische delicten te vinden. [↑](#footnote-ref-15)
16. Doorenbos 2015, p. 201. [↑](#footnote-ref-16)
17. Doorenbos 2013, p. 175. [↑](#footnote-ref-17)
18. Van Strien 1996. [↑](#footnote-ref-18)
19. Doorenbos 2023, p. 676; *Kamerstukken II,* 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 8. Uit de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij artikel 51 Sr volgt dat de wetgever primair heeft beoogd aan te sluiten bij het civiele recht. Echter kent artikel 51 lid 3 Sr rechtspersoonlijkheid toe aan entiteiten die volgens het civiele recht geen rechtspersoonlijkheid hebben. [↑](#footnote-ref-19)
20. Doorenbos 2023, p. 677. [↑](#footnote-ref-20)
21. HR 20 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2472. [↑](#footnote-ref-21)
22. Pivaty e.a. 2022, p. 29. [↑](#footnote-ref-22)
23. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097, r.o 40 (*Heaney and Mcguinness t. Ierland*). In dit arrest wordt het zwijgrecht als onderdeel gezien van het nemo tenetur-beginsel. [↑](#footnote-ref-23)
24. Stevens 2005, p. 56. [↑](#footnote-ref-24)
25. Voor informatie over andere rechten uit het EVRM zie Van Strien 1996, p. 160-163; Van Kempen 2011, p. 373. [↑](#footnote-ref-25)
26. De Witte 2019, p. 253. [↑](#footnote-ref-26)
27. Vanwege de beperkte omvang van de scriptie worden slechts de meest relevante arresten van het EHRM over het nemo tenetur-beginsel besproken. [↑](#footnote-ref-27)
28. Koops 2000, p. 44-46. [↑](#footnote-ref-28)
29. Ansmink 1981, p. 426. Alternatieve formuleringen zijn *nemo tenetur edere contra se* dat inhoudt dat niemand is gehouden tegen zichzelf te getuigen of *nemo tenetur se accusare* dat inhoudt dat niemand is gehouden zichzelf te beschuldigen. Zie ook Koops 2000, p. 27. [↑](#footnote-ref-29)
30. Stevens 2005, p. 1. [↑](#footnote-ref-30)
31. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-31)
32. European Court of Human Rights 2014, p. 22; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, r.o. 45, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, r.o. 44, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-32)
33. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 68, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, r.o. 92, *RvdW* 2009/1135 (*Bykov t. Rusland*). [↑](#footnote-ref-33)
34. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-34)
35. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, r.o. 250-252, *NJ* 2017/452(*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*). Een strafzaak moet in zijn geheel als eerlijk worden beschouwd. Het oordeel kan in beginsel niet afhangen van enkele aspecten. Het EHRM heeft echter bepaald dat als er een schending is van het folterverbod uit artikel 3 EVRM, dat er dan bij voorbaat sprake is van een oneerlijk proces als het bewijs wordt gebruikt in de procedure. Er wordt dan een schending van artikel 6 EVRM aangenomen. [↑](#footnote-ref-35)
36. EHRM 9 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, r.o. 24, *NJ* 1980/376 m.nt. E.A. Alkema (*Airey t. Ierland*). [↑](#footnote-ref-36)
37. EHRM 8 juni 1976, ECLI:CE:ECHR:1976:0608JUD000510071, *NJ* 1978/223 (*Engel t. Nederland*). Het EHRM heeft in dit arrest drie criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of het overheidsoptreden een *criminal charge* betreft. Dit zijn (1) de kwalificatie van de overtreding onder nationaal recht (2) de aard van de overtreding en (3) de zwaarte van de sanctie die aan de overtreder kan worden opgelegd. Aangenomen wordt dat een persoon zich kan beroepen op artikel 6 EVRM vanaf het moment dat er sprake is van een *criminal* *charge*. Als er geen *criminal charge* is, geeft artikel 6 EVRM geen mogelijkheid om medewerking aan een controle-onderzoek te weigeren. Artikel 6 EVRM heeft in dit stadium slechts een latente werking: de informatie die in deze periode onder dwang wordt verkregen mag niet ten nadele van de betrokkene worden gebruikt in een latere strafprocedure. Zie Feteris 1997, aant. 12. [↑](#footnote-ref-37)
38. EHRM 22 mei 1998, ECLI:CE:ECHR:1998:0522JUD002196193, *NJ* 1998/809, m.nt. G. Knigge (*Hozee t. Nederland*). [↑](#footnote-ref-38)
39. EHRM 17 januari 1970, ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000268965, r.o. 25 (*Delcourt t. België*). [↑](#footnote-ref-39)
40. Koops 2012, p. 31. [↑](#footnote-ref-40)
41. Koops & Stevens 2003, p. 281. [↑](#footnote-ref-41)
42. EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, r.o. 44, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-42)
43. EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, r.o. 44, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*): “*The Court notes that the customs secured Mr. Funke’s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law cannot justify such an infringement of the right of anyone "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of this expression in Article 6, to remain silent and not to contribute to incriminating himself.*” [↑](#footnote-ref-43)
44. EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, r.o. 41- 44, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-44)
45. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). Welke doelstellingen het EHRM bedoelt, is onduidelijk. Knigge schrijft dat het EHRM het eerbiedigen van de wil van de verdachte bedoelt. Zie Knigge 1996, aant. 1. Van Toor schrijft dat het EHRM de bescherming tegen ongeoorloofde dwang ziet als middel om de doelen van artikel 6 EVRM te bereiken. Het voorkomen van dwang is op zichzelf één van de belangrijkste middelen om (1) gerechtelijke dwalingen te voorkomen en (2) de wil van de verdachte te respecteren. Zie Van Toor 2016, p. 31. [↑](#footnote-ref-45)
46. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 47, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*); Knigge 1996, aant. 2. Volgens Knigge is het *obvious* dat het zwijgrecht en de vrijwaring van gedwongen zelfbeschuldiging *cannot and should not prevent* dat bij de waardering van het bewijsmateriaal acht wordt geslagen op het zwijgen van de verdachte. Zo absoluut kan het zwijgrecht niet zijn. [↑](#footnote-ref-46)
47. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 47, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-47)
48. Knigge 1996, aant. 2. [↑](#footnote-ref-48)
49. Knigge 1996, aant. 3. Dit is de vraag naar de schending van het nemo tenetur-beginsel als zodanig, dus wordt een verdachte gedwongen om bewijs tegen zichzelf te leveren? [↑](#footnote-ref-49)
50. Stevens 2005, p. 12-13; Knigge 1996, aant. 4. Stevens schrijft dat in het arrest *Murray* sprake was van een indirecte druk. Tijdens het politieverhoor werd gezegd dat als Murray niet zou verklaren, de rechter aan dat zwijgen conclusies zou kunnen verbinden. Deze druk is op zichzelf niet doorslaggevend. Bovendien had Murray geen wettelijke plicht tot spreken. Dit is een verschil met het arrest *Funke.* In het arrest *Funke* werd Funke gedwongen bewijs tegen zichzelf te leveren. Dit wordt aangemerkt als ongeoorloofde dwang en is onverenigbaar met artikel 6 lid 1 EVRM: “*In effect, it destroyed the very essence of the privilege against self-incrimination*.” [↑](#footnote-ref-50)
51. Knigge 1996, aant. 5. Dit heeft betrekking op het gebruik van het stilzwijgen in de bewijsvoering. Het accent bij deze vraag verschuift dus naar de onschuldpresumptie uit artikel 6 lid 2 EVRM. De vraag die gesteld moet worden is of de bewijslast niet op de schouders van de verdachte wordt gelegd als hij niet kan blijven zwijgen maar uitleg dient te geven? [↑](#footnote-ref-51)
52. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 47, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*): “*Whether the drawing of adverse inferences from an accused’s silence infringes Article 6 is a matter to be determined in the light of all the circumstances of the case, having particular regard to the situations where inferences may be drawn, the weight attached to them by the national courts in their assessment of the evidence and the degree of compulsion inherent in the situation.*” [↑](#footnote-ref-52)
53. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUDO01873191, r.o. 51, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-53)
54. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 51, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). Volgens het EHRM houdt een *prima facie case* in: “*a case consisting of direct evidence which, of believed and combined with legitimate inferences based upon it, could lead a properly directed jury to be satisfied beyond reasonable doubt that each of the essential elements of the offence is proved.*” Zie ook Koops 2000, p. 32; Stevens 2005, p. 13. [↑](#footnote-ref-54)
55. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 74, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-55)
56. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 69, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*): “*The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect*.”Zie ook Van Toor 2016, p. 30. [↑](#footnote-ref-56)
57. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 69, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*): “... *as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.*” [↑](#footnote-ref-57)
58. Van Toor 2016, p. 39. [↑](#footnote-ref-58)
59. Koops & Stevens 2003, p. 288-289. [↑](#footnote-ref-59)
60. Knigge 1997, aant. 1. [↑](#footnote-ref-60)
61. Feteris 1997, aant*.* 15.Een ander arrest waarin een bij wilsonafhankelijk bewijsmateriaal een schending van het nemo tenetur-beginsel werd aangenomen, is het arrest *J.B.* Zie EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, *NJ* 2003/54, m.nt. T.M. Schalken (*J.B. t. Zwitserland*). [↑](#footnote-ref-61)
62. Knigge 1997, aant. 4. [↑](#footnote-ref-62)
63. Knigge 1997, aant. 4. [↑](#footnote-ref-63)
64. Knigge 1997, aant. 6. [↑](#footnote-ref-64)
65. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris, *joint dissenting opinion Martens & Kuris*, punt 10 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-65)
66. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3, m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-66)
67. Schalken 2007, aant. 3. [↑](#footnote-ref-67)
68. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 113-115, *NJ* 2007/226, m.nt. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). De omstandigheden waren: (1) het ging om het verkrijgen van fysiek bewijs tegen de wil van de verdachte en niet om het verkrijgen van materiaal dat door dwang werd verkregen voor forensisch onderzoek met het oog op het opsporen van bijvoorbeeld de aanwezigheid van alcohol of drugs. (2) in het arrest is gebruik gemaakt van dwang die significant verschilt van dwang die normaal vereist is om de in het arrest *Saunders* genoemde soorten materiaal te verkrijgen. (3) het bewijs is verkregen door middel van een schending van artikel 3 EVRM. [↑](#footnote-ref-68)
69. Koops 2012, p. 137. Schalken 2007, aant. 3. Schalken spreekt over een verruiming van de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel omdat de reikwijdte het *Saunders*-criterium uitgebreid wordt tot de wijze van bewijs*verkrijging*. De cocaïne die door Jalloh ingeslikt en opgebraakt was, bestond namelijk qua technische samenstelling onafhankelijk van diens wil, zodat de mate van op hem toegepast geweld het bewijs als zodanig in zijn zaak niet kon beïnvloeden. Wanneer het werkelijke bewijs via dwang door de verdachte zelf moet worden geleverd, dan kan dit weer wel in strijd komen met het nemo tenetur-beginsel. Dat was het geval in het arrest *Jalloh.*  [↑](#footnote-ref-69)
70. Koops 2012, p. 137. [↑](#footnote-ref-70)
71. Koops 2012, p. 137. [↑](#footnote-ref-71)
72. Zie ook EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Naast deze criteria moet er sprake zijn van een *criminal charge.* [↑](#footnote-ref-72)
73. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 118, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*); Van Toor 2013, p. 321. Dit impliceert dat een zekere mate van dwang acceptabel is, zolang er geen sprake is van ongeoorloofde dwang. [↑](#footnote-ref-73)
74. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, r.o. 267, *NJ* 2017/452(*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-74)
75. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, *NJ* 2017/452(*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*). In de literatuur bestaat discussie over of het nemo tenetur-beginsel bescherming biedt tegen het door dwang verkrijgen van bepaalde types bewijsmiddelen (*material-based*) of dat het de verdachte beschermt tegen handelingen die de verdachte dwingen bewijs over te dragen (*means-based*). Verschillende schrijvers bepleiten dat in het arrest *Saunders* een *material-based* benadering wordt aangehangen omdat de bepalende factor voor het vaststellen van een schending van nemo tenetur-beginsel het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal is. Zie Koops & Stevens 2003, p. 288-289. Van Toor meent dat er sprake is van een *means-based* perspectief: de bescherming van het nemo tenetur-beginsel geldt voor alle soorten bewijsmiddelen en is afhankelijk van de wijze waarop het bewijs is verkregen. Het maakt volgens Van Toor uit welke benadering wordt aangehangen. Als voorbeeld noemt Van Toor het arrest *Jalloh*. In dit arrest is er sprake van veel dwang, maar wordt er weinig informatie verkregen. Indien een *means-based* perspectief wordt aangehangen, wordt in zo’n geval sneller een schending aangenomen dan bijvoorbeeld bij een biometrische ontgrendeling. Daar wordt weinig dwang toegepast, maar wordt veel informatie verkregen. Zie Van Toor 2021, p. 97-98. [↑](#footnote-ref-75)
76. Van Toor 2016, p. 31. [↑](#footnote-ref-76)
77. EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney and McGuinness t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-77)
78. EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Hogere bedragen, zoals een bedrag van 3.599 euro, worden niet toegestaan. Zie hiervoor EHRM 5 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304, *NJB* 2012/1306 (*Chambaz* *t. Zwitserland*). [↑](#footnote-ref-78)
79. EHRM 30 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, *RvdW* 2009/1135(*Bykov t. Rusland*). [↑](#footnote-ref-79)
80. EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999, *NJCM-Bulletin* 2003/2, m.nt. E. Myjer (*Allan t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 november 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1127JUD003639102, *NJ* 2009/214 (*Salduz t. Turkije*). [↑](#footnote-ref-80)
81. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, r.o. 267, *NJ* 2017/452 (*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*); Nan 2021, p. 118-119. Er bestaat ook een vierde categorie die niet in het arrest *Ibrahim* wordt genoemd. Dit is de categorie waarin buiten het zwijgrecht iemand tegen zijn wil in wordt gedwongen om belastend bewijs aan de overheid te geven, dat niet valt onder het lichaamsmateriaal dat in Saunders wordt vermeld en niet op een wijze wordt afgedwongen als bedoeld in onder andere het arrest *Jalloh*. Voorbeelden van de vierde categorie zijn aan de orde in het arrest *Funke* en het arrest *J.B.*  [↑](#footnote-ref-81)
82. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 120, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-82)
83. Van Toor 2016, p. 33. [↑](#footnote-ref-83)
84. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414 (*Van Weerelt t. Nederland*). In dit arrest oordeelde het EHRM dat de waarborg die de HR stelde aan het verkrijgen van wilsafhankelijk materiaal een voldoende effectieve waarborg was tegen *improper compulsion*. De afgifte van wilsafhankelijk materiaal met het oog op een juiste belastingheffing kan namelijk worden verlangd, met als waarborg dat die informatie niet ook voor fiscale beboeting of strafvervolging wordt gebruikt. [↑](#footnote-ref-84)
85. EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, r.o. 304-306, *NJ* 2017/452 (*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-85)
86. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 120, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). In het arrest *Jalloh* werd geoordeeld dat de afwezigheid van een dokter tijdens de afname van het bewijsmateriaal voldoende was om ongeoorloofde dwang aan te nemen. [↑](#footnote-ref-86)
87. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 121, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-87)
88. EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, r.o. 178-180, *NJ* 2010/628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-88)
89. Van Toor 2013, p. 321; EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, r.o. 187, *NJ* 2010/628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen t. Duitsland*). Uit dit arrest volgt dat de manier waarop het bewijs wordt gebruikt van belang is. Wanneer het onder dwang verkregen bewijs niet wordt gebruikt voor de bewezenverklaring, wordt geen schending van het nemo tenetur-beginsel aangenomen. Zelfs niet indien een schending van het folterverbod uit artikel 3 EVRM wordt aangenomen. Er kan dus sprake zijn van een schending van artikel 3 EVRM, maar niet van artikel 6 EVRM. [↑](#footnote-ref-89)
90. Van Toor 2013, p. 321. [↑](#footnote-ref-90)
91. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 119, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-91)
92. Koops 2012, p. 65. [↑](#footnote-ref-92)
93. European Court of Human Rights 2022, p. 13. Een *key case* is een arrest “*which make a significant contribution to the development, clarification or modification of the case-law.*” [↑](#footnote-ref-93)
94. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 65, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*); Van Nijnatten 2022, aant. 2. [↑](#footnote-ref-94)
95. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 74, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*); Van Nijnatten 2022, aant. 6. [↑](#footnote-ref-95)
96. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 67, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*). [↑](#footnote-ref-96)
97. Wilsonafhankelijk bewijsmateriaal valt volgens het EHRM soms wel binnen de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. In deze scriptie wordt daar verder niet op ingegaan. [↑](#footnote-ref-97)
98. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 59, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*). Zie ook EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, *NJ* 1994/485, m.nt. G. Knigge (*Funke t. Frankrijk*); EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796, *NJ* 2003/54, m.nt. T.M. Schalken (*J.B. t. Zwitserland*). In deze arresten was sprake van een *fishing* *expedition*. [↑](#footnote-ref-98)
99. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 68, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*). Het EHRM spreekt over “*the very essence of the privilege.*” [↑](#footnote-ref-99)
100. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 68, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland)*. Eerder heeft het EHRM in het arrest *Jalloh* vier factoren genoemd. *The* *weight of the public interest* wordt echter niet meer als factor meegenomen. [↑](#footnote-ref-100)
101. EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, r.o. 166-173, *NJ* 2010/628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen t. Duitsland*). Bij een onmenselijke behandeling die in strijd is met artikel 3 EVRM, geldt voor verklaringen (wilsafhankelijk materiaal) dat die onverkort leiden tot een schending van een eerlijk proces. Voor verkregen fysiek bewijs (wilsonafhankelijk materiaal) hangt het van de omstandigheden af of sprake is van schending van artikel 6 EVRM. Bepalend is of de onmenselijke behandeling van invloed is op de uitkomst van het proces. [↑](#footnote-ref-101)
102. Koops 2000, p. 44-45. Koops & Stevens 2003, p. 284-285 laten de menselijke waardigheid als ratio achterwege. [↑](#footnote-ref-102)
103. De Haas & Vissers 2014, p. 77. [↑](#footnote-ref-103)
104. Wijsman 2017, p. 78. Volgens Wijsman heeft het EHRM daarmee een voorbehoud gemaakt dat niet kan worden uitgesloten dat het doel en de strekking van het recht bij de beoordeling van toekomstige zaken kan veranderen, bijvoorbeeld wanneer een schending niet voldoende kan worden onderbouwd met de huidig erkende grondslagen. [↑](#footnote-ref-104)
105. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*): *“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 op- pression in defiance of the will of the accused (...). Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6.*” Deze rechtsoverweging wordt in verschillende arresten herhaald. Zie EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, r.o. 266, *NJ* 2017/452 (*Ibrahim t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 67, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland*). [↑](#footnote-ref-105)
106. Koops 2000, p. 44. [↑](#footnote-ref-106)
107. Koops 2000, p. 44. [↑](#footnote-ref-107)
108. Van Kempen 2007, aant. 3. De ratio van het voorkomen van ongeoorloofde dwang komt ook naar voren in het arrest *Gäfgen*, waarin druk is uitgeoefend die in strijd is met het folterverbod uit artikel 3 EVRM. Zie EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805, *NJ* 2010/628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-108)
109. Koops 2000, p. 44-45; Borgers, Corstens & Kooijmans 2021, p. 316. [↑](#footnote-ref-109)
110. Koops 2000, p. 44. [↑](#footnote-ref-110)
111. Busstra 2008, p. 346. [↑](#footnote-ref-111)
112. Busstra 2008, p. 346. [↑](#footnote-ref-112)
113. Ligthart 2023, p. 116. [↑](#footnote-ref-113)
114. Koops 2012, p. 135. [↑](#footnote-ref-114)
115. Koops 2000, p. 45. [↑](#footnote-ref-115)
116. Koops 2000, p. 45. [↑](#footnote-ref-116)
117. Ligthart 2021, p. 2662. [↑](#footnote-ref-117)
118. Van Strien 1996, p. 174; Verbruggen e.a. 2017, p. 55. [↑](#footnote-ref-118)
119. Bemelmans 2018, p. 100. [↑](#footnote-ref-119)
120. Ligthart 2023, p. 115-116. [↑](#footnote-ref-120)
121. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-121)
122. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris, *joint dissenting opinion Martens & Kuris*, punt 9 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-122)
123. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris, *joint dissenting opinion Martens & Kuris*, punt 9 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-123)
124. De Haas & Vissers 2014, p. 79. [↑](#footnote-ref-124)
125. De Haas & Vissers 2014, p. 79. [↑](#footnote-ref-125)
126. Bedau & Radelet 1987, p. 57. [↑](#footnote-ref-126)
127. EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191, r.o. 45, *NJ* 1996/725, m.nt. G. Knigge (*Murray t. Verenigd Koninkrijk*). Dit wordt herhaald in EHRM 30 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802, r.o. 92, *RvdW* 2009/1135 (*Bykov t. Rusland*). [↑](#footnote-ref-127)
128. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, r.o. 68, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-128)
129. Zie §2.1.2. [↑](#footnote-ref-129)
130. Knigge 1997, aant. 5; Stevens 2005, p. 24; Van Toor 2016, p. 36. [↑](#footnote-ref-130)
131. EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, *NJ* 1997/699, m.nt. G. Knigge, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris, *joint dissenting opinion Martens & Kuris*, punt 9 (*Saunders t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-131)
132. Ligthart 2021, p. 2665. [↑](#footnote-ref-132)
133. Ligthart 2021, p. 2665; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, r.o. 57, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-133)
134. Ligthart 2021, p. 2665; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902*, RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*). Het EHRM verwijst naar *the public interest* om een inbreuk te rechtvaardigen op het nemo tenetur-beginsel. Het belang van de verkeersveiligheid prevaleert hier boven het individuele belang van rechtsbescherming. De redenering is als volgt: automobilisten doen impliciet afstand van bepaalde rechten door verplichtingen te aanvaarden, die voortvloeien uit de bescherming van de verkeersveiligheid. [↑](#footnote-ref-134)
135. Zie §2.1.3. [↑](#footnote-ref-135)
136. Ligthart 2023, p. 119; Koops 2000, p. 32 en 46. [↑](#footnote-ref-136)
137. Koops 2000, p. 46. [↑](#footnote-ref-137)
138. Koops 2000, p. 46. [↑](#footnote-ref-138)
139. Koops 2000, p. 46. [↑](#footnote-ref-139)
140. Koops 2000, p. 46. [↑](#footnote-ref-140)
141. In tegenstelling tot Koops die van mening is dat het nemo tenetur-beginsel gelegen is in een samenstel van de vier ratio’s. Zie Koops 2000, p. 46. [↑](#footnote-ref-141)
142. Het EHRM geeft in het toetsingskader aan dat het verkrijgen van wilsonafhankelijk bewijsmateriaal geen schending van artikel 3 EVRM mag opleveren. Hierdoor valt wilsonafhankelijk bewijsmateriaal soms onder de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel. Dit duidt op een samenstel van de ratio’s: het EHRM vindt de procesautonomie en de menselijke waardigheid ook belangrijk. [↑](#footnote-ref-142)
143. Van de Gronden e.a. 2021, p. 42-43. [↑](#footnote-ref-143)
144. Van de Gronden e.a. 2021, p. 42. [↑](#footnote-ref-144)
145. Ros 2023, p. 22. [↑](#footnote-ref-145)
146. Traousis 2021, p. 114. [↑](#footnote-ref-146)
147. Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten, *PbEU* 2007, C 303/34. Uit de Toelichtingen bij het Handvest volgt dat de waarborgen uit artikel 6 lid 1 EVRM op dezelfde wijze van toepassing zijn als bij artikel 47 lid 2 Handvest. Artikel 48 lid 1 Handvest heeft dezelfde inhoud en reikwijdte als artikel 6 lid 2 EVRM. Zie ook HvJ EU 2 februari 2021, C-481/19, ECLI:EU:C:2021:84, r.o. 36-37 (*DB t. Consob).*  [↑](#footnote-ref-147)
148. Het EU-recht kan een ruimere bescherming bieden dan het EVRM. Overigens bepaalt artikel 6 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie: “*De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie*.” [↑](#footnote-ref-148)
149. Ros 2023, p. 34; Traousis 2021, p. 117. [↑](#footnote-ref-149)
150. Delanote 2021, p. 5. [↑](#footnote-ref-150)
151. Delanote 2021, p. 5. [↑](#footnote-ref-151)
152. HvJ 18 oktober 1989, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387 (*Orkem t. Commissie*). [↑](#footnote-ref-152)
153. HvJ 18 oktober 1989, C-374/87, ECLI:EU:C:1989:387, r.o. 34 (*Orkem t. Commissie*); Ros 2023, p. 25; Traousis 2021, p. 112; Van de Gronden, p. 237. Het HvJ spreekt in zijn arrest over onderneming, de scriptie gebruikt het woord rechtspersoon. Aan de betrokken rechtspersoon kan slechts een zwijgrecht worden verleend voor zover zij antwoord moet geven op vragen waarmee zij het bestaan van de inbreuk erkent. Deze bewijslast rust op de Europese Commissie. [↑](#footnote-ref-153)
154. Ros 2023, p. 25. [↑](#footnote-ref-154)
155. Traousis 2021, p. 112; HvJ 20 april 1999, ECLI:EU:T:1999:80, r.o. 263 (*Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie*); HvJ 25 januari 2007, C‐407/04, ECLI:EU:C:2007:53, r.o. 33-34 (*Dalmine t. Commissie*). Volgens het HvJ is het beperkte zwijgrecht van de rechtspersoon niet in strijd met artikel 6 EVRM. Het HvJ oordeelt in het arrest HvJ 14 maart 2014, ECLI:EU:T:2014:122, r.o. 62 (*Buzzi Unicem SpA t. Commissie*): “*Niets belet de adressaat van een verzoek om inlichtingen immers om later, in de administratieve procedure of tijdens de procedure voor de Unierechter, aan te tonen dat de in zijn antwoorden uiteengezette feiten of de overgelegde documenten een andere betekenis hebben dan de Commissie hieraan heeft gegeven.*” [↑](#footnote-ref-155)
156. Het HvJ hanteert eenzelfde benadering van het grondbeginsel ne bis in idem binnen het mededingingsrecht en het strafrecht. Zie *Case-law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters* 2024, p. 31. [↑](#footnote-ref-156)
157. Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 13-14. In deze richtlijn gaat het over de onschuldpresumptie. De overwegingen 24 en 25 benoemen dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel onderdeel zijn van de onschuldpresumptie. [↑](#footnote-ref-157)
158. Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 13-14. Zie ook Nan 2016, p. 710-711. [↑](#footnote-ref-158)
159. Voorstel voor een richtlijn inzake de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij het proces aanwezig te zijn (hierna: Voorstel Richtlijn (EU) 2016/343); HvJ 29 juni 2006, C-301/04, ECLI:EU:C:2006:432 (*SGL Carbon t. Commissie*); HvJ 20 februari 2001, T-112/98, ECLI:EU:T:2001:61 (*Mannesmannröhren-Werke t. Commissie*). [↑](#footnote-ref-159)
160. Voorstel Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 26. [↑](#footnote-ref-160)
161. Voorstel Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 9-10. Volgens het HvJ moet de bescherming van het recht van rechtspersonen om voor onschuldig te worden gehouden worden gegarandeerd door de bestaande wettelijke waarborgen en jurisprudentie waarvan de evolutie in de toekomst moet bepalen of het nodig is om EU-maatregelen te overwegen. [↑](#footnote-ref-161)
162. Concl. P. Pikamäe 27 oktober 2020, C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, r.o. 91 (*DB t. Consob).* [↑](#footnote-ref-162)
163. Ros 2023, p. 27. [↑](#footnote-ref-163)
164. EHRM 24 november 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1124JUD004942999, r.o. 88 (*Capital Bank AD t. Bulgarije*); EHRM 6 april 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0406JUD003538297 (*Comingersoll S.A. t. Portugal*). [↑](#footnote-ref-164)
165. Doorenbos 2015, p. 228. Artikel 34 EVRM bepaalt dat het EHRM verzoekschriften kan ontvangen van ieder natuurlijk persoon, iedere niet-gouvernementele organisatie of iedere groep personen die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen zijn vervat. Een rechtspersoon wordt aangenomen als niet-gouvernementele organisatie in de zin van deze bepaling. Zie EHRM 26 april 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653874, *NJ* 1980/146, m. nt. E.A Alkema (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*) waarin een klacht van een rechtspersoon gegrond werd verklaard. Alkema schrijft dat wie gewend is bij klassieke grondrechten te denken aan rechten die wezenlijk zijn voor de ontplooiing van de enkeling en die de overheid verplichten zich van inbreuken op die vrije ontplooiing te onthouden, zal door de casuspositie van dit arrest verrast zijn. Alle bovenstaande elementen ontbreken namelijk in dit arrest. Zie Alkema 1980, aant. 1. [↑](#footnote-ref-165)
166. EHRM 11 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0711DEC001159885 (*Société Stenuit t. Frankrijk*). In deze zaak geeft de Commissie het advies dat een rechtspersoon een beroep kan doen op artikel 6 EVRM wanneer tegen hem een vervolging is ingesteld. Zie ook EHRM 16 april 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:0416JUD003797197, *NJ* 2003/452, m.nt. E.J. Dommering (*Société Colas Est t. Frankrijk*). In dit arrest overweegt het EHRM: “*That the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions*.” Dit resulteert in een “*dynamic interpretation*”. [↑](#footnote-ref-166)
167. EHRM 12 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1112DEC003255996, r.o. 2 (*Fortum Oil and Gas Oy t. Finland)*; EHRM 25 januari 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:0125DEC003260296, r.o. 1-2 (*Aannemersbedrijf Gebroeders Van Leeuwen B.V t. Nederland)*. [↑](#footnote-ref-167)
168. Concl. P. Pikamäe 27 oktober 2020, C-481/19, ECLI:EU:C:2020:861, r.o. 97 (*DB t. Consob).* [↑](#footnote-ref-168)
169. EHRM 14 februari 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0214JUD000555610, r.o. 78, *EHRC* 2019/122, m.nt. J.M. Veenbrink (*Sa-Capital Oy t. Finland*); Veenbrink 2021, p. 752. [↑](#footnote-ref-169)
170. EHRM 14 februari 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0214JUD000555610, r.o. 78, *EHRC* 2019/122, m.nt. J.M. Veenbrink (*Sa-Capital Oy t. Finland*); Veenbrink 2021, p. 752. [↑](#footnote-ref-170)
171. Nan 2016, p. 710-711. [↑](#footnote-ref-171)
172. Richtlijn (EU) 2016/343, overweging 1. [↑](#footnote-ref-172)
173. EHRM 11 juli 1989, ECLI:CE:ECHR:1989:0711DEC001159885 (*Société Stenuit t. Frankrijk*). [↑](#footnote-ref-173)
174. EHRM 14 februari 2019, ECLI:CE:ECHR:2019:0214JUD000555610, r.o. 78, *EHRC* 2019/122, m.nt. J.M. Veenbrink (*Sa-Capital Oy t. Finland*). [↑](#footnote-ref-174)
175. Van Strien 1996, p. 174. [↑](#footnote-ref-175)
176. Zie §2.2.5. [↑](#footnote-ref-176)
177. Veenbrink 2021, p. 752; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2005:1025DEC001580902, r.o. 62, *RvdW* 2007/911 (*O’Halloran & Francis t. Verenigd Koninkrijk*). [↑](#footnote-ref-177)
178. Veenbrink 2021, p. 752. [↑](#footnote-ref-178)
179. Kesteloo 2013, p. 1. [↑](#footnote-ref-179)
180. In de literatuur bestaan twee visies over hoe het begrip rechtspersoon in artikel 51 Sr moet worden uitgelegd. De eerste benadering is de civielrechtelijke benadering, die inhoudt dat artikel 51 Sr zoveel mogelijk aansluiting dient te zoeken bij het civiele recht. Het uitgangspunt van deze visie is dat in het algemeen civielrechtelijke begrippen, zoals het begrip rechtspersoon, één op één overgenomen kunnen worden in het strafrecht. In de MvT bij artikel 51 Sr lijkt de wetgever zich aan te sluiten bij deze benadering. Een volledige civielrechtelijke benadering is echter niet mogelijk omdat de wetgever in afwijking van het civiele recht in artikel 51 lid 3 Sr een aantal entiteiten gelijkgesteld heeft met de rechtspersoon. Door de toevoeging van artikel 51 lid 3 Sr wordt in de literatuur betoogd dat de rechtspersoonlijkheid in het strafrecht nadrukkelijk een eigen ruime betekenis heeft gekregen. Dit sluit aan bij de benadering van een autonome uitleg van het begrip rechtspersoon in artikel 51 Sr. Bij deze visie gaat het om de uitleg van het begrip rechtspersoon dat bepalend is voor de toepassingsmogelijkheden van het strafrecht in het algemeen. Zie Van Strien 1996, p. 31; Kesteloo 2013, p. 21; Doorenbos 2023, p. 678. [↑](#footnote-ref-180)
181. Gritter 2003, p. 297. [↑](#footnote-ref-181)
182. Doorenbos 2024, p. 79. Verschillende schrijvers bepleiten dat de wetgever bij het vestigen van de algemene strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, de criteria van het daderschap voor rechtspersonen had kunnen vastleggen. Zie Mevis 2011, aant. 1. [↑](#footnote-ref-182)
183. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 133. Rechtspersonen zijn vergelijkbaar met natuurlijke personen, maar dit betekent niet dat het tot een gelijkstelling hoeft te leiden. Een rechtspersoon kan niet als een eenvoudige som van betrokken personen worden gezien, het geheel van een rechtspersoon is meer dan dat. Men kan de rechtspersoon alleen in beperkte mate vereenzelvigen met de achterliggende natuurlijke personen en men kan ook alleen in beperkte mate aan rechtspersonen menselijke eigenschappen toekennen. Een rechtspersoon kan niet simpel als fictie worden afgedaan, want rechtspersonen zijn entiteiten die vaak beschikken over een eigen identiteit, cultuur en organisatiepsychologie. In zoverre bestaat er op grond van artikel 51 Sr een uitgangspunt van gelijkheid. [↑](#footnote-ref-183)
184. *Kamerstukken II,* 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 14. Bepaalde delicten zoals bigamie, baldadigheid, landloperij, openbare dronkenschap kunnen niet gepleegd worden door een rechtspersoon. Zie ook de Hullu & Van Kempen 2024, p. 127. [↑](#footnote-ref-184)
185. Het adagium *societas delinquere non potest* geldt: een rechtspersoon kan geen strafbaar feit begaan. Zie Doorenbos 2015, p. 203. [↑](#footnote-ref-185)
186. Gritter 2003, p. 291. [↑](#footnote-ref-186)
187. Gritter 2003, p. 292. [↑](#footnote-ref-187)
188. Doorenbos 2024, p. 79; Gritter 2003, p. 292. In andere rechtsgebieden dan het strafrecht, zoals het fiscale recht, gold dat de rechtspersoon wel gestraft kon worden. Zie bijvoorbeeld artikel 13 van de Wet van 4 april 1870. Hierin werden rederijen en vennootschappen aansprakelijk gesteld voor bepaalde daden van onder meer bestuurders en werknemers. In de literatuur worden rechtspersonen in deze periode niet als volwaardig rechtssubject beschouwd. Torringa schrijft dat de bepalingen geen daderschap van rechtspersonen inhouden, maar slechts een aansprakelijkheidstelling van het vermogen van rechtspersonen zijn. Zie Torringa 1984, p. 8. [↑](#footnote-ref-188)
189. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 134. [↑](#footnote-ref-189)
190. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135. [↑](#footnote-ref-190)
191. Doorenbos 2024, p. 80; *Verordeningenblad voor het bezette Nederlandsche gebied* 1943, afl. 5, nr. 17. [↑](#footnote-ref-191)
192. Doorenbos 2024, p. 80. [↑](#footnote-ref-192)
193. Artikel 15 lid 1 WED (oud) luidde als volgt: “*Indien een economisch delict wordt begaan door of vanwege een rechtspersoon, een vennootschap, enige andere vereniging van personen of een doelvermogen, wordt de strafvervolging ingesteld en worden de straffen en maatregelen uitgesproken hetzij tegen die rechtspersoon, die vennootschap, die vereniging of dat doelvermogen, hetzij tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven of die feitelijk leiding hebben gehad bij het verboden handelen of nalaten, hetzij tegen beiden*.” [↑](#footnote-ref-193)
194. In het economisch strafrecht werden rechtspersonen al als verdachte werd veroordeeld. Zie HR 27 januari 1948, ECLI:NL:HR:1948:98, *NJ* 1948/197, m.nt. W.P.J. Pompe (*V&D ameublementen*); HR 14 maart 1950, ECLI:NL:HR:1950:65, *NJ* 1952/656, m.nt. W.P.J. Pompe (*Bijenkorf*). [↑](#footnote-ref-194)
195. Gritter 2003, p. 296. [↑](#footnote-ref-195)
196. Doorenbos 2015, p. 199. Dat rechtspersonen in 1976 erkend zijn als volwaardig rechtssubject in Nederland, is in Europees verband bijzonder. In veel landen is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen beperkt tot de delicten waarover afspraken zijn gemaakt op internationaal niveau, zoals corruptie. In Duitsland is zelfs tot op heden niks bepaald over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen. Zie Doorenbos 2024, p. 79. [↑](#footnote-ref-196)
197. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135. [↑](#footnote-ref-197)
198. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135; *Kamerstukken II* 1947-1948, 603, nr. 4, p. 38-39. [↑](#footnote-ref-198)
199. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135; *Kamerstukken II* 1947-1948, 603, nr. 4, p. 38-39. [↑](#footnote-ref-199)
200. *Kamerstukken II* 1947-1948, 603, nr. 3, p. 19. [↑](#footnote-ref-200)
201. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135; Concl. F.F. Langemeijer HR 27 januari 1948, *NJ* 1948/197, m.nt. W.P.J. Pompe (*V&D*). [↑](#footnote-ref-201)
202. In veel verschillende wetten kon de rechtspersoon al een strafbaar feit plegen. Zie de Vleeskeuringswet, de Warenwet, de Rijtijdenwet 1936 of de Vuurwapenwet. De strafvervolging werd in deze wetten ingesteld tegen de leden van het bestuur of tegen de commissarissen. Zie *Kamerstukken II*, 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 10-11. [↑](#footnote-ref-202)
203. *Kamerstukken II*, 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 7. [↑](#footnote-ref-203)
204. *Kamerstukken II*, 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 7; Kesteloo 2013, p. 7. [↑](#footnote-ref-204)
205. *Kamerstukken II,* 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 7. [↑](#footnote-ref-205)
206. *Kamerstukken II*, 1975-1976, 13655, nr. 1-3, p. 9. [↑](#footnote-ref-206)
207. In artikel 1 WED worden de economisch delicten omschreven. Veel van deze artikelen zien op gedragingen van rechtspersonen. Zie *Kamerstukken* 1975-1976, 13655 nr. 1-3, p. 9. [↑](#footnote-ref-207)
208. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 133. [↑](#footnote-ref-208)
209. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 135. [↑](#footnote-ref-209)
210. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 136. [↑](#footnote-ref-210)
211. Doorenbos 2024, p. 97. [↑](#footnote-ref-211)
212. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 136. [↑](#footnote-ref-212)
213. Cleiren & Cnossen, in *T&C* Strafvordering, art. 528 Sv, aant. 3 (online, bijgewerkt 13 augustus 2024). [↑](#footnote-ref-213)
214. Cleiren & Cnossen, in *T&C* Strafvordering, art. 528 Sv, aant. 3 (online, bijgewerkt 13 augustus 2024). [↑](#footnote-ref-214)
215. In artikel 51 Sr is bepaald dat rechtspersonen strafbare feiten kunnen begaan. Zij kunnen hierdoor ook aangemerkt worden als verdachte in de zin van artikel 27 Sv. Van Strien betwijfelt of het geldende recht op dit punt gelukkig is. Van Strien schrijft dat het belangrijkste argument voor de toekenning van het zwijgrecht bij rechtspersonen het beginsel omtrent de redelijke bewijslastverdeling is. Het zwijgrecht van rechtspersonen moet niet absoluut zijn, zeker niet wanneer activiteiten van rechtspersonen belangrijke maatschappelijke gevolgen hebben. Zie Van Strien 1996, p. 174. [↑](#footnote-ref-215)
216. De Witte 2019, p. 249. [↑](#footnote-ref-216)
217. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1768. Onder verhoor wordt verstaan: “*alle vragen aan een door een opsporingsambtenaar als verdachte aangemerkt persoon betreffende diens betrokkenheid bij een zeker strafbaar feit*.” [↑](#footnote-ref-217)
218. Doorenbos 2024, p. 97. [↑](#footnote-ref-218)
219. Hartmann & Meijer 1996, p. 1769. [↑](#footnote-ref-219)
220. Ligthart 2021, p. 2661. [↑](#footnote-ref-220)
221. Lensing 1988, p. 141-143. [↑](#footnote-ref-221)
222. Myjer 1997, p. 22; HR 1 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC9378, r.o. 5.4, *NJ* 1994/52. [↑](#footnote-ref-222)
223. Doorenbos 2013, p. 176; HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M Reijntjes; HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes. [↑](#footnote-ref-223)
224. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770. [↑](#footnote-ref-224)
225. Kesteloo 2013, p. 124. Dit gaat slechts over de gevallen waarin de werknemer zelf geen status van verdachte heeft. Indien een werknemer zelf de status van verdachte heeft, bijvoorbeeld doordat een werknemer als deelnemer of feitelijk leidinggever wordt aangemerkt, kan een werknemer zich op zijn eigen zwijgrecht beroepen. Zie Peek & Tonino 2010, p. 151. [↑](#footnote-ref-225)
226. Wortel 1987, p. 31. Zie ook §3.1.2. Er was vooral sprake een praktische noodzaak door de grote verscheidenheid van inmiddels ontstane regelingen in bijzondere wetten. [↑](#footnote-ref-226)
227. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770; Wortel 1987, p. 31. [↑](#footnote-ref-227)
228. Kesteloo 2013, p. 119; Doorenbos 2015, p. 218. [↑](#footnote-ref-228)
229. Doorenbos 2015, p. 218. [↑](#footnote-ref-229)
230. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770; Kesteloo 2013, p. 125; De Ruyter 2008, p. 624. [↑](#footnote-ref-230)
231. Kesteloo 2013, p. 125. [↑](#footnote-ref-231)
232. Rb. Zeeland-West-Brabant 24 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:191, r.o. 3.3.3; CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:445, r.o. 4.2. Ook voor ex-werknemers geldt dat zij niet als verdachte worden aangemerkt. Zie Rb. Amsterdam 4 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1137, r.o. 4.4.1.3. Zowel Wortel als Torringa zijn het hier mee eens. Een argument voor hen is dat de bewijsvergaring anders belemmerd wordt. Zie Wortel 1987, p. 65-69; Torringa 1984, p.134-135. [↑](#footnote-ref-232)
233. Artikel 192 lid 1 aanhef en onder 1 Sr. [↑](#footnote-ref-233)
234. De Ruyter 2008, p. 623. [↑](#footnote-ref-234)
235. De Ruyter 2008, p. 623. [↑](#footnote-ref-235)
236. Aan werknemers komt, indien zij verhoord worden in de vervolgingsfase, bij bepaalde vragen het nemo tenetur-verschoningsrecht uit artikel 219 Sv toe. Artikel 219 Sv is op dit moment slechts van toepassing wanneer een getuige zichzelf of zijn bloed of aanverwanten zou blootstellen aan een strafrechtelijke veroordeling. In het civiele procesrecht bestaat de mogelijkheid dat een getuige die in een zo nauwe betrekking staat tot een procespartij, als het ware vereenzelvigd moet worden met de procespartij en zich met betrekking tot die procespartij op het nemo tenetur-verschoningsrecht kan beroepen. [↑](#footnote-ref-236)
237. Doorenbos 2015; Kesteloo 2013; Hartmann & De Meijer 1996. [↑](#footnote-ref-237)
238. Doorenbos 2015; Kesteloo 2013; Hartmann & De Meijer 1996. [↑](#footnote-ref-238)
239. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*); Doorenbos 2015, p. 234; Hartmann & De Meijer 1996, p. 1771. [↑](#footnote-ref-239)
240. Doorenbos 2015, p. 233; Kesteloo 2013, p. 126; Hartmann & De Meijer 1996, p. 1771. [↑](#footnote-ref-240)
241. Doorenbos 2015, p. 234. [↑](#footnote-ref-241)
242. Doorenbos 2015, p. 234. [↑](#footnote-ref-242)
243. Doorenbos 2015, p. 234. [↑](#footnote-ref-243)
244. Kesteloo 2013, p. 126; Hartmann & De Meijer 1996, p. 1772. [↑](#footnote-ref-244)
245. Doorenbos 2015, p. 234.

     Kesteloo 2013, p. 126; Hartmann & De Meijer 1996, p. 1772. [↑](#footnote-ref-245)
246. Jörg, in: *WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a*, art. 29 Sv, aant. 15 (online, bijgewerkt 23 februari 2016); Myer 1997, p. 29. [↑](#footnote-ref-246)
247. Myjer 1997, p. 29. [↑](#footnote-ref-247)
248. Myjer 1997, p. 30. [↑](#footnote-ref-248)
249. Jörg, in: *WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a*, art. 29 Sv, aant. 15 (online, bijgewerkt 23 februari 2016). [↑](#footnote-ref-249)
250. Jörg, in: *WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a*, art. 29 Sv, aant. 15 (online, bijgewerkt 23 februari 2016). Doorenbos is het niet eens met deze argumentatie. Tegen het eerste bezwaar schrijft Doorenbos dat het zwijgrecht niet gericht is om de werknemer zelf te beschermen. Het gaat om de bescherming van de verdachte rechtspersoon en vandaar dat werknemers zich op het afgeleid zwijgrecht van de rechtspersoon kunnen beroepen. Ten opzichte van het tweede bezwaar schrijft Doorenbos dat het begrip vertegenwoordiger niet opgerekt wordt, want de werknemers zijn geen vertegenwoordiger, maar blijven een getuige. Zie Doorenbos 2015, p. 237. [↑](#footnote-ref-250)
251. Verschillende schrijvers benoemen dit knelpunt. Zie bijvoorbeeld Hartmann & De Meijer 1996; Lensing 1988; Van Strien 1996; Doorenbos 2015; Kesteloo 2013; Wortel 1987. [↑](#footnote-ref-251)
252. Artikel 132a Sv. [↑](#footnote-ref-252)
253. Doorenbos 2015, p. 208. [↑](#footnote-ref-253)
254. *Kamerstukken I,* 1975-1976, 13655, nr. 140b. Hier wordt ook naar verwezen in HR 27 juni 1938, ECLI:NL:HR:1938:291, *NJ* 1939/60, m.nt. B.M Taverne. [↑](#footnote-ref-254)
255. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770; Torringa 1984, p. 134-135. [↑](#footnote-ref-255)
256. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770; Torringa 1984, p. 134-135. [↑](#footnote-ref-256)
257. Torringa 1984, p. 134-135. [↑](#footnote-ref-257)
258. Wortel 1987, p. 95. [↑](#footnote-ref-258)
259. Wortel 1987, p. 96. [↑](#footnote-ref-259)
260. Wortel 1987, p. 96. [↑](#footnote-ref-260)
261. Van Strien 1996, p. 132; ’t Hart & De Vries-Leemans 1986, p. 190. Van Strien schrijft dat indien artikel 528 Sv in de toekomst gewijzigd wordt, het toepassingsbereik van het artikel in de tekst uitgebreid dient te worden. Van Strien is van mening dat het artikel van toepassing moet worden verklaard in alle gevallen waarin de rechtspersoon in enigerlei hoedanigheid optreedt in het strafproces. [↑](#footnote-ref-261)
262. Lensing 1988, p. 143. [↑](#footnote-ref-262)
263. Jörg 1990, p. 142. [↑](#footnote-ref-263)
264. ’t Hart & De Vries-Leemans 1986, p. 190. [↑](#footnote-ref-264)
265. Doorenbos 2015, p. 209 en 219. [↑](#footnote-ref-265)
266. Doorenbos 2015, p. 209 en 219. [↑](#footnote-ref-266)
267. Doorenbos 2015, p. 219. [↑](#footnote-ref-267)
268. Doorenbos 2015, p. 219-220. [↑](#footnote-ref-268)
269. Doorenbos 2015, p. 218-219. Doorenbos spreekt hier van een ‘toevallige omstandigheid’. Uit niets blijkt dat de enkele verwijzing naar de vervolgingsfase ooit bewust is gekozen. [↑](#footnote-ref-269)
270. De Ruyter 2008, p. 623. [↑](#footnote-ref-270)
271. Rb. Amsterdam 17 mei 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:4028. [↑](#footnote-ref-271)
272. Parket bij de HR 14 november 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1025, r.o. 7.4. [↑](#footnote-ref-272)
273. HR 27 februari 2024, ECLI:NL:HR:2024:286, r.o. 3.1-3.4, *NJ* 2024/141. [↑](#footnote-ref-273)
274. Rb. Zeeland-West-Brabant 24 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:191, r.o. 3.3.3. [↑](#footnote-ref-274)
275. Verbruggen e.a. 2017, p. 75. [↑](#footnote-ref-275)
276. Hartmann & De Meijer 1996, p. 1768. Aangenomen wordt dat het begrip rechtspersoon in artikel 528 Sv dezelfde betekenis heeft als die in artikel 51 Sr. Deze gelijkstelling maakt Van Strien ook. Zie Van Strien 1996, p. 48. [↑](#footnote-ref-276)
277. Deze regeling is ontleend aan artikel 15 lid 3 WED. Zie *Kamerstukken II* 1975-1976, nr. 1-3, p. 25. [↑](#footnote-ref-277)
278. Kesteloo 2013, p. 117; Van Strien 1996, p. 131; Doorenbos 2015, p. 217; Lensing 1988, p. 142. [↑](#footnote-ref-278)
279. Doorenbos 2015, p. 218; Cleiren & Cnossen, in *T&C* *Strafvordering*, art. 528 Sv, aant. 3 (online, bijgewerkt 13 augustus 2024). Dit kan met het oog op het toepassen van vergaande dwangmiddelen zijn, maar ook indien de rechtspersoon wordt gedagvaard. [↑](#footnote-ref-279)
280. Zie §3.1.3. [↑](#footnote-ref-280)
281. Dit sluit aan bij de regeling in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In artikel 2:130 lid 1 BW (voor de NV) en 2:240 lid 1 BW (voor de BV) staat dat het bestuur de vennootschap vertegenwoordigt, voor zover uit de wet niet anders voortvloeit. [↑](#footnote-ref-281)
282. Doorenbos 2015, p. 202. Ook dit sluit aan bij artikel 2:130 lid 2 BW en 2:240 lid 2 BW waarin is geregeld dat de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan iedere bestuurder toekomt. Onder het begrip bestuurder vallen in ieder geval die personen die naar het civiele recht bestuurder zijn van de rechtspersoon. Niet uitgesloten is echter dat ook personen die naar het civiele recht weliswaar geen bestuurder van de rechtspersoon zijn, maar feitelijk wel als zodanig optreden, als ‘bestuurder’ in de zin van artikel 528 Sv kunnen worden beschouwd. Zie Cleiren & Cnossen, in: *T&C Strafvordering*, art. 528 Sv, aant. 5 (online, bijgewerkt 13 augustus 2024); HR 20 maart 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1059, *NJ* 1991/8, m.nt. Th.W. van Veen. [↑](#footnote-ref-282)
283. Artikel 528 lid 2 Sv. Voor het gemak wordt in deze scriptie alleen gesproken over ‘de bestuurder’, maar daarmee worden dus ook de personen bedoeld die andere entiteiten kunnen vertegenwoordigen. [↑](#footnote-ref-283)
284. Kesteloo 2013, p. 122; Van Strien 1996, p. 133. Dit volgt uit HR 26 januari 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AD0154, *NJ* 1988/815: “*Artikel 528 Sv sluit niet uit dat de verdachte tegelijkertijd door meer dan een bestuurder wordt vertegenwoordigd; de zinsnede ‘indien er meer bestuurders zijn, door een van hen’ bedoelt buiten twijfel te stellen dat de rechtspersoon niet door ‘het’ bestuur, dat wil zeggen alle bestuursleden, behoeft te worden vertegenwoordigd*.” Van Strien betoogt dat dit arrest niet gelukkig is. Een nadeel van dit arrest is immers dat de bewijsvergaring wordt bemoeilijkt doordat de rechtspersoon belangrijke getuigen kan uitschakelen. Door alle bestuurders als procesvertegenwoordiger te laten optreden, kunnen zij niet meer als getuige gedwongen worden om belastende verklaringen ter terechtzitting af te leggen tegen de rechtspersoon. Van Strien wil de tekst van artikel 528 Sv volgen waarin staat dat slechts één persoon tegelijkertijd als procesvertegenwoordiger van de rechtspersoon kan optreden. Zie Van Strien 1996, p. 134-135. [↑](#footnote-ref-284)
285. Kesteloo 2013, p. 122. [↑](#footnote-ref-285)
286. Doorenbos 2015, p. 207; *Kamerstukken II* 1975/76, 13 655, nr. 3, p. 25. Dit leidt tot merkwaardige situaties waarin de ene bestuurder tijdens de zitting tegenover zijn collega-bestuurder staat. [↑](#footnote-ref-286)
287. Kesteloo 2013, p. 123; Van Strien 1996, p. 136. Als de rechter persoonlijke verschijning van de bestuurder beveelt, is machtigen niet mogelijk. Zie Doorenbos 2015, p. 220. [↑](#footnote-ref-287)
288. Doorenbos 2015, p. 221. De verklaring van een advocaat die als gemachtigde optreedt levert een bewijsmiddel op. De verklaring die als raadsman optreedt levert geen bewijsmiddel op. [↑](#footnote-ref-288)
289. HR 20 maart 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AD1059, *NJ* 1991/8, m.nt. Th.W. van Veen. [↑](#footnote-ref-289)
290. Van Strien 1996, p. 137. Van Strien schrijft dat de tekst van artikel 528 Sv suggereert dat de vertegenwoordiger zelf moet machtigen. [↑](#footnote-ref-290)
291. Van Strien 1996, p. 128. Van Strien wijst erop dat het niet vanzelfsprekend is dat de rechtspersoon het initiatief heeft tot aanwijzing van de vertegenwoordiger. In het oorspronkelijke ontwerp van artikel 15 WED (oud), de voorloper van artikel 528 Sv, was bepaald dat de rechtspersoon alleen vertegenwoordigd kon worden door het hoofd van het bestuur. Indien er geen hoofd van het bestuur was, dan kon het OM een bestuurder aanwijzen. [↑](#footnote-ref-291)
292. Van Strien 1996, p. 128. Van Strien spreekt over het stelsel van de keuzevrijheid. [↑](#footnote-ref-292)
293. Van Strien 1996, p. 129; Kesteloo 2013, p. 122. [↑](#footnote-ref-293)
294. HR 13 oktober 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AC3210, *NJ* 1982*/*17; Lensing 1988, p. 142. [↑](#footnote-ref-294)
295. Van Strien 1996, p. 129. [↑](#footnote-ref-295)
296. Van Strien 1996, p. 129. [↑](#footnote-ref-296)
297. Kesteloo 2013, p. 123; Van Strien 1996, p. 129. In de MvT bij artikel 528 Sv schrijft de wetgever dat het bezwaarlijk is om iemand te bedreigen met vervangende hechtenis ter zake van een feit waarvoor niet hij maar een ander veroordeeld is. Zie *Kamerstukken II* 1975-1976, nr. 103, p. 23. Dit is overigens wel mogelijk indien de vertegenwoordiger ook wordt vervolgd wegens het feitelijk leiding geven aan of het opdracht geven aan de verboden gedraging. Zie Lensing 1988, p. 142-143. [↑](#footnote-ref-297)
298. HR 25 juni 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC8665, *NJ* 1992/7. De HR overweegt in dit arrest: “*In het Nederlandse stelsel van strafvordering past niet ter terechtzitting als getuige te horen degene die in dezelfde zaak als vertegenwoordiger van de verdachte (i.c. een rechtspersoon) optreedt*.” Zie ook Doorenbos 2015, p. 206; Van Strien 1996, p. 129. [↑](#footnote-ref-298)
299. Doorenbos 2015, p. 206. [↑](#footnote-ref-299)
300. Doorenbos 2015, p. 206. Concl. L.C.M. Meijers HR 26 januari 1988, *NJ* 1988/815. In zijn conclusie schrijft Meijers dat het derde lid van artikel 528 Sv de bevoegdheid van de rechter vaststelt om de persoonlijke verschijning van een bepaalde bestuurder te bevelen en diens medebrenging te gelasten. Indien de rechter daarvan gebruik maakt na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting, dan zal de rechtspersoon die reeds door een andere bestuurder werd vertegenwoordigd (lid 1), tijdens de vervolging tegelijkertijd door meer dan één bestuurder worden vertegenwoordigd. [↑](#footnote-ref-300)
301. Doorenbos 2015, p. 207. [↑](#footnote-ref-301)
302. Dit was overigens eerst niet het geval. In de MvT bij artikel 528 Sv staat dat een bestuurder die de rechtspersoon niet vertegenwoordigt in een strafzaak, op zichzelf wel als getuige zou kunnen worden gehoord. Zie *Kamerstukken II* 1975-1976, nr. 103, p. 25. Zie ook Doorenbos 2015, p. 207. [↑](#footnote-ref-302)
303. Doorenbos 2015, p. 208. [↑](#footnote-ref-303)
304. Artikel 47 lid 1 en artikel 51 lid 2 Sr. [↑](#footnote-ref-304)
305. *Kamerstukken* II 1947/48, 603, nr. 4, p. 17. [↑](#footnote-ref-305)
306. Zie artikel 219 Sv. Hierbij kan gedacht worden aan een bestuurder die als getuige wordt gevraagd naar zijn feitelijke betrokkenheid bij de vermeende strafbare feiten van een rechtspersoon. [↑](#footnote-ref-306)
307. Doorenbos 2015, p. 211. [↑](#footnote-ref-307)
308. Doorenbos 2015, p. 211; dit nemo tenetur-verschoningsrecht is terug te vinden in artikel 165 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. [↑](#footnote-ref-308)
309. Doorenbos 2015, p. 211. [↑](#footnote-ref-309)
310. Artikel 287 lid 3 sub b Sv. [↑](#footnote-ref-310)
311. Anders is een getuige strafbaar. Artikel 192 lid 1 aanhef en onder 1 Sr bepaalt dat de getuige die niet aan zijn verplichting voldoet strafbaar is. Artikel 207 Sr bepaald dat degene die opzettelijk een valse verklaring aflegt onder ede meineed pleegt en een strafbaar feit begaat. [↑](#footnote-ref-311)
312. Ook werknemers kunnen zich op het nemo tenetur-verschoningsrecht uit artikel 219 Sv beroepen. Werknemers moeten echter wel goed op de hoogte zijn van het verschoningsrecht uit artikel 219 Sv. Anders biedt het artikel maar op zekere hoogte bescherming. Zie Doorenbos 2015, p. 210. [↑](#footnote-ref-312)
313. Rb. Rotterdam 14 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8400, *NJFS* 2013/71. In dit arrest werd een bestuurder als getuige gehoord door opsporingsambtenaren in de opsporingsfase. De advocaat van de bestuurder voert aan dat de opsporingsambtenaren de cautie hadden moeten geven toen duidelijk werd dat de bestuurder als verdachte werd aangemerkt. Op dat moment is het mogelijk dat een bestuurder bewijs tegen zichzelf levert. Een ander voorbeeld is HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:992, *RvdW* 2018/811. In dit arrest doet de advocaat van de verdachte een beroep op het nemo tenetur-beginsel uit artikel 6 EVRM. De verdachte zou niet op de in artikel 29 Sv gelegde rechten zijn gewezen, terwijl het ging om het verkrijgen van inlichtingen die tegen de verdachte gebruikt zouden kunnen worden in verband met een *criminal charge*. [↑](#footnote-ref-313)
314. Van Nijnatten 2022, aant. 16. [↑](#footnote-ref-314)
315. EHRM 9 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1009JUD000628973, r.o. 24, *NJ* 1980/376 m.nt. E.A. Alkema (*Airey t. Ierland*). [↑](#footnote-ref-315)
316. European Court of Human Rights 2007, p. 10. [↑](#footnote-ref-316)
317. Doorenbos 2013, p.178. [↑](#footnote-ref-317)
318. Doorenbos 2013, p. 178; Doorenbos 2024, p. 79. [↑](#footnote-ref-318)
319. Keulen 2013, aant. 2. [↑](#footnote-ref-319)
320. HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, r.o. 2.4, *NJ* 2013/310, m.nt. B.F. Keulen. [↑](#footnote-ref-320)
321. HR 16 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5706, r.o. 2.4, *NJ* 2013/310, m.nt. B.F. Keulen. In dit geval is de ruimte beperkt om na afweging van de in artikel 359a lid 2 Sv genoemde factoren af te zien van bewijsuitsluiting. [↑](#footnote-ref-321)
322. Zie hiervoor HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5322, r.o. 2.4.1-2.4.4. Van het afzien van bewijsuitsluiting kan slechts sprake zijn indien de rechter op gronden die rechtstreeks verband houden met de verklaring van de verdachte, de wijze waarop en de omstandigheden waaronder deze is verkregen, en/of de processuele houding van de verdachte en/of de raadsman dienaangaande tot het oordeel komt dat de verdachte door het achterwege blijven van die mededeling niet in zijn verdediging is geschaad. [↑](#footnote-ref-322)
323. EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000, r.o. 94-95, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken, *NJCM-Bulletin* 2007/3 m.nt. P.H.P.H.M.C van Kempen (*Jalloh t. Duitsland*). [↑](#footnote-ref-323)
324. Keulen 2013, aant. 3. [↑](#footnote-ref-324)
325. Zie §2.3. [↑](#footnote-ref-325)
326. Hof ’s-Gravenhage, 19 juni 1996 (inzake Van der Valk, niet gepubliceerd), aangehaald door Hartmann & De Meijer 1996, p. 1770-1771; Rb. Zeeland-West-Brabant 24 maart 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:191, r.o. 3.3.3; CBB 26 april 2021, ECLI:NL:CBB:2021:445, r.o. 4.2. [↑](#footnote-ref-326)
327. Zie §3.1. [↑](#footnote-ref-327)
328. HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*). [↑](#footnote-ref-328)
329. Lamberigts 2019, p. 12; Bakker & Mooijen 2014, p. 12; HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, r.o. 3.4, *NJ* 2006/328, m.nt. P.A.M. Mevis (*Drijfmest*). [↑](#footnote-ref-329)
330. Zie §2.2.3. [↑](#footnote-ref-330)
331. Verbruggen e.a. 2017, p. 75. [↑](#footnote-ref-331)
332. Zie §2.2.1 en §2.2.4. [↑](#footnote-ref-332)
333. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 68, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland)*. [↑](#footnote-ref-333)
334. Of het nemo tenetur-beginsel is geschonden en daarmee het recht op eerlijk proces uit artikel 6 EVRM blijft uiteindelijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval en wordt bezien in het licht van de procedure als geheel. De omvang van deze scriptie is te beperkt om alle verschillende scenario’s uit te werken. [↑](#footnote-ref-334)
335. Dwang kan in dit scenario inhouden dat de rechtbank conform artikel 287 lid 3 sub b Sv de medebrenging van een getuige kan gelasten die niet verschijnt. De dwang kan ook inhouden dat indien een getuige weigert vragen te beantwoorden, zijn gijzeling door de rechtbank bevolen kan worden conform artikel 294 lid 1 Sv. Een andere vorm van dwang kan zijn dat indien een getuige onder ede niet naar waarheid verklaart, dit het strafbare feit meineed oplevert conform artikel 207 Sr. De werknemer is in dit scenario dus niet gewezen op zijn rechten uit art. 29 Sv, omdat hij als getuige wordt gehoord en niet als verdachte. [↑](#footnote-ref-335)
336. Zie bijvoorbeeld Rb. Oost-Brabant 1 maart 2021, ECLI:NL:RBOBR:2021:939. [↑](#footnote-ref-336)
337. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 535. [↑](#footnote-ref-337)
338. HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, *NJB* 2016/955 (*Feitelijk leidinggeven*); De Hullu & Van Kempen 2024, p. 535. [↑](#footnote-ref-338)
339. De Hullu & Van Kempen 2024, p. 535-536. [↑](#footnote-ref-339)
340. Zie bijvoorbeeld HR 6 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1330, *NJ* 1999/633, m.nt. Knigge. [↑](#footnote-ref-340)
341. Feteris 1997, aant. 12. [↑](#footnote-ref-341)
342. Het is mogelijk dat een werknemer (als getuige) een verklaring aflegt in de opsporingsfase of vervolgingsfase waaruit blijkt dat hij wetenschap heeft van het strafbare feit en waaruit tevens blijkt dat hij actief heeft meegewerkt aan de uitvoering ervan. [↑](#footnote-ref-342)
343. Het EHRM beoordeelt dit aan de hand van de factoren uit het arrest *Jalloh: the nature and degree of the compulsion, the existence of any relevant safeguards in the procedure en the use to which any material so obtained is put.* [↑](#footnote-ref-343)
344. Op grond van artikel 192 lid 1 aanhef en onder 1 Sr is de getuige die niet aan zijn verplichting voldoet strafbaar. In artikel 207 Sr is bepaald dat degene die opzettelijk een valse verklaring aflegt onder ede meineed pleegt. [↑](#footnote-ref-344)
345. Op grond van artikel 192 lid 1 aanhef en onder 1 Sr is de getuige die niet aan zijn verplichting voldoet strafbaar. In artikel 207 Sr is bepaald dat degene die opzettelijk een valse verklaring aflegt onder ede meineed pleegt. [↑](#footnote-ref-345)
346. Dwang kan in dit scenario inhouden dat de rechtbank conform artikel 287 lid 3 sub b Sv de medebrenging van een getuige kan gelasten die niet verschijnt. De dwang kan ook inhouden dat indien een getuige weigert vragen te beantwoorden, zijn gijzeling door de rechtbank bevolen kan worden conform artikel 294 lid 1 Sv. Een andere vorm van dwang kan zijn dat indien een getuige onder ede niet naar waarheid verklaart, dit het strafbare feit meineed oplevert conform artikel 207 Sr. [↑](#footnote-ref-346)
347. Op grond van artikel 192 lid 1 aanhef en onder 1 Sr is de getuige die niet aan zijn verplichting voldoet strafbaar. In artikel 207 Sr is bepaald dat degene die opzettelijk een valse verklaring aflegt onder ede meineed pleegt. [↑](#footnote-ref-347)
348. EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, r.o. 68, *EHRC* 2022/0248, m.nt. P Ölçer, *FED* 2022/123, m.nt. E.J.F.C. van Nijnatten (*De Legé t. Nederland)*. [↑](#footnote-ref-348)
349. Of het nemo tenetur-beginsel is geschonden en daarmee het recht op eerlijk proces uit artikel 6 EVRM, blijft uiteindelijk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval en wordt bezien in het licht van de procedure als geheel. De omvang van deze scriptie is te beperkt om alle verschillende scenario’s uit te werken. [↑](#footnote-ref-349)
350. Artikel 29 lid 1 en 2 Sv. Een vertegenwoordiger kan als getuige worden gehoord indien aan de vertegenwoordiger van de rechtspersoon geen cautie wordt gegeven. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 27 februari 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:2075. [↑](#footnote-ref-350)
351. Doorenbos 2015, p. 206; Van Strien 1996, p. 129. [↑](#footnote-ref-351)
352. Van Strien 1996, p. 129. [↑](#footnote-ref-352)
353. Zie §2.2.3. [↑](#footnote-ref-353)
354. Dwang kan in dit scenario inhouden dat de rechtbank conform artikel 287 lid 3 sub b Sv de medebrenging van een getuige kan gelasten die niet verschijnt. De dwang kan ook inhouden dat indien een getuige weigert vragen te beantwoorden, zijn gijzeling door de rechtbank bevolen kan worden conform artikel 294 lid 1 Sv. Een andere vorm van dwang kan zijn dat indien een getuige onder ede niet naar waarheid verklaart, dit het strafbare feit meineed oplevert conform artikel 207 Sr. [↑](#footnote-ref-354)
355. Zie HR 26 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:992, *RvdW* 2018/811. [↑](#footnote-ref-355)
356. Zie voor een nadere uitleg §4.2.2. [↑](#footnote-ref-356)