

# MASTER'S THESIS

## Finding Nemo

Komt na drie decennia discussie het nemo-teneturbeginsel in rustiger vaarwater?

Nederbragt, G.

**Award date:**

2023

**Awarding institution:**

Department of Public Law

[Link to publication](#)

**General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain.
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

**Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[pure-support@ou.nl](mailto:pure-support@ou.nl)

providing details and we will investigate your claim.

Downloaded from <https://research.ou.nl/> on date: 07. Nov. 2024

**Open Universiteit**  
[www.ou.nl](http://www.ou.nl)



## **Finding Nemo**

Komt na drie decennia discussie het nemo-teneturbeginsel in rustiger vaarwater?

Naam student: G. Nederbragt  
Studentnummer: 851549844  
Begeleider: mr. drs. R. Timmers  
Examinator: prof. mr. dr. W. Dreissen  
Aantal woorden: 13.619  
Inleverdatum: 29 juli 2023



## Inhoudsopgave

Inhoudsopgave .....	1
1 Inleiding.....	3
1.1 Aanleiding .....	3
1.2 Onderzoeksvraag.....	4
1.3 Opzet van het onderzoek.....	4
1.4 Methodologie en afbakening .....	5
2 Toetsingskader van het EHRM voor het nemo-teneturbeginsel .....	7
2.1 Het recht op een eerlijk proces.....	8
2.2 Toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel.....	9
2.2.1 Ratio en reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel.....	9
2.2.2 De voorwaarde van een criminal charge .....	10
2.2.3 De voorwaarde van dwang.....	11
2.3 Uitzondering op de bescherming – Saunders-criterium.....	12
2.3.1 De jurisprudentie van het EHRM .....	12
2.3.2 Het soort bewijsmateriaal.....	16
2.3.3 Bestaan, verkrijgen, gebruik en wils(on)afhankelijkheid van bewijsmateriaal .....	17
2.4 Feitelijke toetsing – Jalloh-criteria.....	18
2.5 Tussenconclusie.....	21
3 Analyse van de Nederlandse literatuur en rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel .....	25
3.1 Periode 1993-2003 – Funke, Saunders en J.B. ....	25
3.1.1 Schets van de discussie .....	25
3.1.2 Analyse en reflectie.....	27
3.2 Periode 2004-2017 – Jalloh, Gäfgen en Ibrahim e.a.....	28
3.2.1 Schets van de discussie .....	28
3.2.2 Analyse en reflectie.....	30
3.3 Periode 2018-2023 – de gedwongen biometrisch ontgrendelde smartphone.....	31
3.3.1 Schets van de discussie .....	31
3.3.2 Analyse en reflectie.....	34
3.4 Tussenconclusie.....	35
4 Conclusies en aanbevelingen.....	39
4.1 Conclusies .....	39
4.2 Aanbevelingen.....	40
5 Literatuurlijst .....	41
6 Jurisprudentielijst.....	45



# 1 Inleiding

## 1.1 Aanleiding

Een van de basisbeginselen in het strafrecht is het nemo-teneturbeginsel, ook wel het verbod op gedwongen zelfincriminatie genoemd. Dat houdt in dat iemand niet verplicht kan worden om aan zijn eigen veroordeling mee te werken. In het Nederlandse strafrecht is het beginsel neergelegd in art. 29 Sv als de verklaringsvrijheid en het zwijgrecht van de verdachte. Het beginsel is in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) niet letterlijk te vinden. Sinds het arrest uit 1993 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, hierna ook: Hof) in de zaak Funke tegen Frankrijk wordt het nemo-teneturbeginsel ingelesen in art. 6, lid 1 EVRM, dat het meer algemene recht op een eerlijk proces waarborgt.<sup>1</sup>

In de dertig jaren die volgden heeft het EHRM tientallen zaken behandeld die betrekking hadden op een (vermeende) schending van het nemo-teneturbeginsel. Omdat het beginsel niet een absoluut recht is,<sup>2</sup> moet de werking ervan nader worden afgebakend. Na drie decennia zou verwacht mogen worden dat inmiddels wel duidelijk is hoe de vork in de steel zit. Desondanks riep en roept de rechtspraak van het EHRM in de Nederlandse rechtsliteratuur de nodige vragen op en wordt hierin door diverse auteurs geen eenduidige lijn ontdekt.<sup>3</sup>

Het verbod op gedwongen zelfincriminatie betekent dat de verdachte in beginsel geen bewijs tegen zichzelf hoeft te leveren. Door technologische ontwikkelingen, met name de digitalisering van de samenleving, ontstaan nieuwe soorten (digitaal) bewijs. De opsporingsmethoden veranderen daardoor eveneens. Dat dit geen toekomstmuziek is, blijkt uit een recent arrest van de Hoge Raad. Daarin concludeerde hij dat het niet in strijd is met het nemo-teneturbeginsel als de verdachte gedwongen wordt om met zijn vingerafdruk zijn smartphone te ontgrendelen om zo bewijs in de strafzaak tegen hem te kunnen verzamelen.<sup>4</sup> Zowel voorafgaand aan als na deze uitspraak werd uitgebreid gediscussieerd over deze casus.<sup>5</sup>

Ondertussen zit ook de wetgever niet stil. De modernisering van het Wetboek van Strafvordering voorziet in de mogelijkheid van gedwongen biometrische ontgrendeling door de verdachte.<sup>6</sup> In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel staat de wetgever stil bij het nemo-teneturbeginsel en betreft daarbij de in de voorgaande alinea aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad om te onderbouwen dat het voorgestelde wetsartikel daarmee geen strijd zal opleveren.<sup>7</sup> Maar als er tegelijkertijd nog zoveel discussie is rond het verbod op gedwongen zelfincriminatie, hoe stevig is dan het fundament onder deze concept-wetgeving?

---

<sup>1</sup> Knigge 1993, par. 1. Vervolgens expliciet door het EHRM zelf in EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

<sup>2</sup> EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 47, recent EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 68.

<sup>3</sup> Zie voor een overzicht bijvoorbeeld Van Toor 2016, p. 28. Recent nog spreekt Ligthart van “paradoxen in de Straatsburgse rechtspraak”, zie: Ligthart 2023, p. 110.

<sup>4</sup> HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

<sup>5</sup> Onder andere Bood 2018, Stevens 2019, Egberts & Ferdinandusse 2019, Van Toor 2019a, Bood 2019, Nan 2019a. Zie voor reacties op het arrest onder andere Reijntjes 2021, par. 7; Van Toor & Beekhuis 2021, par. 3-5; Nan 2021, p. 121.

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 2. Het gaat om art. 2.7.43, lid 2 (nieuw) Sv.

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 591-592. Overigens speelt het nemo-teneturbeginsel ook bij een aantal andere wetsartikelen een rol, zie *Kamerstukken II* 2022/23, 36327, nr. 3, p. 64.

## 1.2 Onderzoeksvraag

Het Funke-arrest stamt uit 1993, wat betekent dat er al dertig jaar onduidelijkheid is en sprake van verschillende interpretaties van het nemo-teneturbeginsel. Het is daarom zeer begrijpelijk dat de meningsvorming rond een nieuw fenomeen als het gedwongen biometrisch ontgrendelen van een smartphone vanuit verschillende invalshoeken plaatsvindt. Er is op dit punt ook nog geen Europese rechtspraak waar op teruggevallen kan worden. Evengoed kan ervan uitgegaan worden dat het EHRM zo'n zaak aan de hand van zijn eerdere rechtspraak zal beoordelen.

Maar is niet toch een consistente lijn in de rechtspraak van het EHRM te ontdekken? En welke invalshoeken en interpretaties komen er in de Nederlandse literatuur en rechtspraak naar voren? Het is niet ondenkbaar en niet onlogisch dat de Europese jurisprudentie in de jaren negentig van de vorige eeuw nog vragen oproept. Bij een gering aantal zaken, die sterk casuïstisch zijn, is het onontkoombaar dat geïnterpreteerd wordt. Naarmate de tijd vordert en het EHRM de ontbrekende puzzelstukjes invult, zou de ruimte voor interpretatie en daarmee de discussie en onduidelijkheid moeten afnemen. Toch is dat dus niet het geval. Daarom is de centrale onderzoeksvraag in deze scriptie:

*Welke verklaringen kunnen worden gevonden voor de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM over het nemo-teneturbeginsel, zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6, lid 1 EVRM?*

## 1.3 Opzet van het onderzoek

Het onderzoek zal plaatsvinden vanuit twee perspectieven. Door als eerste met de kennis van nu dertig jaar terug te kijken op de Europese rechtspraak ga ik na of het mogelijk is om een consistente lijn in de jurisprudentie van het EHRM te ontdekken, op basis waarvan het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel kan worden beschreven. Het tweede perspectief is het volgen en beschrijven van de discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur, zoals die zich in de loop der tijd heeft ontwikkeld, en de rechtsontwikkeling door de Hoge Raad. De rechtsontwikkeling wordt in het onderzoek betrokken, omdat het niet ondenkbaar is dat de rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad elkaar beïnvloeden. Door beide perspectieven in deze volgorde te hanteren is het mogelijk om op de literatuur en de rechtsontwikkeling in Nederland te reflecteren vanuit het toetsingskader van het EHRM en overeenkomsten en verschillen aan te wijzen. Ik verwacht dat op basis daarvan de benoemde onduidelijkheid verklaard kan worden.

Deze opzet levert de volgende deelvragen op:

- 1) Hoe ziet het toetsingskader van het EHRM voor het nemo-teneturbeginsel eruit?
- 2) Hoe hebben de discussie in de Nederlandse literatuur en de Nederlandse rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel zich ontwikkeld?
- 3) Welke overeenkomsten en verschillen zijn er tussen de invalshoeken en interpretaties in de Nederlandse literatuur en rechtspraak en het toetsingskader van het EHRM?

Het onderzoek bestaat uit twee delen. Ter beantwoording van deelvraag 1 zal op basis van een analyse van de rechtspraak van het EHRM het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel worden beschreven. Hieraan is hoofdstuk 2 gewijd.

Hoofdstuk 3 bevat het tweede deel van het onderzoek. In dat hoofdstuk wordt de decennialange discussie chronologisch beschreven: welke aspecten van het nemo-teneturbeginsel komen in verschillende fasen precies aan de orde en tot welke interpretaties van de Europese jurisprudentie

heeft dat geleid? Daarna worden deze invalshoeken en interpretaties vergeleken met het toetsingskader. In het tweede deel worden zo de deelvragen 2 en 3 beantwoord.

Hoofdstuk 4 bevat de conclusies en aanbevelingen. Hier komt ook de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag aan de orde.

#### 1.4 Methodologie en afbakening

Het eerste deel bestaat uit inventariserend onderzoek, waarbij deelvraag 1 beantwoord zal worden aan de hand van een analyse van de jurisprudentie van het EHRM. Het EHRM maakt veel gebruik van verwijzingen naar zijn eerdere rechtspraak. Daarom leent de sneeuwbalmethode zich goed voor de selectie van de bij de analyse betrokken arresten. Een grammaticale en een systematische interpretatie van de rechtspraak van het EHRM vormen een belangrijk deel van de analyse. Daarmee vormen niet bijvoorbeeld de ratio of de rechtsgronden van nemo-teneturbeginsel het uitgangspunt en hanteert dit onderzoek een diametraal andere benadering dan recentelijk voorgesteld door Ligthart.<sup>8</sup>

Het tweede deel is beschrijvend (deelvraag 2), maar bevat ook analyse (deelvraag 3).<sup>9</sup> Daarbij zullen niet telkens uitgebreid de verschillende standpunten worden beschreven, daarvoor is te weinig ruimte in deze scriptie, maar slechts de hoofdlijnen, om zo de dominante aspecten, invalshoeken en interpretaties te identificeren. Bij de selectie van rechtsliteratuur, waaronder ook conclusies van Advocaten-Generaal worden begrepen, en arresten van de Hoge Raad heb ik zowel de sneeuwbalmethode toegepast als het doorzoeken van databases – zoals Kluwer Navigator – op steekwoorden.

Een methode die door het hele onderzoek wordt gehanteerd, is het zoeken op woorden in de PDF's van de literatuur en arresten, bijvoorbeeld op arrestnamen of specifieke termen.

De insteek van het onderzoek is om een bijdrage te leveren aan de kennisontwikkeling voor het strafrecht. Waar relevant zal wel gebruik worden gemaakt van literatuur en rechtspraak buiten het strafrecht, omdat een aanzienlijk deel van de kennis- en rechtsontwikkeling rond het nemo-teneturbeginsel juist heeft plaatsgevonden in het (bestuursrechtelijke) belasting-, verkeers- en milieurecht.

Het onderzoek gaat niet zo ver dat het toetsingskader wordt toegepast op de concrete casus van de voornoemde uitspraak van de Hoge Raad of het voorgestelde wetsartikel over gedwongen biometrische ontgrendeling. Daar nodigt het onderzoek wel toe uit, maar ook daarvoor is de ruimte in deze scriptie te beperkt. Waar het bovendien gebruikelijk is om kennis en inzicht te vergroten door een toetsingskader toe te passen op een nieuwe casus, is het eenduidig beschrijven van het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel nu juist zelf het onderwerp van onderzoek. Door tevens de discussie in de literatuur te betrekken beoogt dit onderzoek wel een stevig fundament te bieden, waarop een nadere beschouwing van een concrete casus kan voortbouwen.

---

<sup>8</sup> Ligthart 2023, p. 122.

<sup>9</sup> IJzermans 2015, p. 4 en 15





## 2 Toetsingskader van het EHRM voor het nemo-teneturbeginsel

In dit hoofdstuk staat het toetsingskader centraal, zoals dat door het EHRM wordt gehanteerd ten aanzien van het nemo-teneturbeginsel. Niet in iedere uitspraak van het Hof is het gehele toetsingskader terug te vinden. Het Hof beperkt zich in iedere zaak logischerwijs tot de voor de betreffende casus relevante aspecten. De eerste zaak waarin het Hof de structuur en opbouw in zijn geheel duidelijk naar voren heeft laten komen is de zaak Jalloh tegen Duitsland uit 2006.<sup>10</sup> Recent, in oktober 2022, heeft het EHRM dit nogmaals gedaan in de zaak De Legé tegen Nederland.<sup>11</sup> Beide zaken worden door het EHRM aangemerkt als “key case”.<sup>12</sup>

De opbouw van dit hoofdstuk volgt het kader zoals dat door het Hof wordt gehanteerd.<sup>13</sup> Vertrekpunt zijn de meer algemene beginselen zoals die door het Hof zijn ontwikkeld voor art. 6 EVRM, waar het nemo-teneturbeginsel onder valt. Centraal hierbij staat de vraag of de (strafrechtelijke) procedure eerlijk (“fair”) is verlopen,<sup>14</sup> waaronder begrepen de rechtmatigheid van de wijze waarop het bewijs is verkregen, de eerbiediging van de rechten van de verdediging<sup>15</sup> en schending van andere mensenrechten (met name artt. 3 en 8 EVRM).<sup>16</sup> Hierop wordt in paragraaf 2.1 ingegaan, waarbij de nadruk ligt op die aspecten van de eerlijkheid van het proces die relevant zijn voor het toetsingskader van het nemo-teneturbeginsel.

Vervolgens gaat het EHRM in op de ratio,<sup>17</sup> voorwaarden<sup>18</sup> en reikwijdte<sup>19</sup> van het nemo-teneturbeginsel. Deze worden in paragraaf 2.2 toegelicht. Daarna komt de vraag aan de orde wanneer sprake is van een uitzondering op de bescherming die het verbod op gedwongen zelfincriminatie biedt (paragraaf 2.3).<sup>20</sup> Tot slot noemt het Hof de inhoudelijke factoren die bij de toetsing een rol spelen, zie paragraaf 2.4.<sup>21</sup> Het hoofdstuk sluit in paragraaf 2.5 af met een tussenconclusie met een samenvatting van het toetsingskader.

---

<sup>10</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 94-102.

<sup>11</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 60-68 en par. 74-78. Een zeer compacte samenvatting geeft het Hof in par. 78, al ontbreken in dat overzicht de meer algemene beginselen.

<sup>12</sup> Een key case is een zaak “which make a significant contribution to the development, clarification or modification of the case-law”, zie European Court of Human Rights, ‘Finding and understanding the case-law’, maart 2022, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/CLIP\\_Finding\\_understanding\\_case\\_law\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/CLIP_Finding_understanding_case_law_ENG)

<sup>13</sup> Ik ga daarbij telkens uit van de meerderheidsopvatting van het EHRM en zal niet ingaan op ‘(partly) dissenting opinions’ of ‘(partly) concurring opinions’.

<sup>14</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 60-61.

<sup>15</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 95-97.

<sup>16</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 98-99.

<sup>17</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 100; EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 63-64.

<sup>18</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 65-66.

<sup>19</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 110-111.

<sup>20</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 102; EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 67.

<sup>21</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 101; EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 68. NB in Jalloh noemt het Hof eerst de toetsingsfactoren en daarna de uitzonderingssituatie, maar bij de toepassing op de concrete casus draait hij deze volgorde om. Dat is ook logisch vanuit de gedachte dat als is komen vast te staan dat er sprake is van een uitzonderingsgrond, er geen verdere toetsing meer hoeft plaats te vinden.

## 2.1 Het recht op een eerlijk proces

Art. 6, lid 1 EVRM ziet in de eerste plaats op het recht op een eerlijk proces, zowel in civiele en bestuursrechtelijke zaken als in strafzaken. Hoewel het artikel spreekt van een eerlijke en openbare behandeling door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht, kan het in geval van strafzaken ook van toepassing zijn op de voorafgaande onderzoeks- en opsporingsfase.<sup>22</sup> In Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk noemt het Hof een aantal relevante factoren waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling of een procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen.<sup>23</sup> Als sprake is van niet-punitief, voorbereidend onderzoek, dan kan geen beroep worden gedaan op art. 6, lid 1 EVRM.<sup>24</sup> Voorwaarde voor het invoeren van de bescherming van het recht op een eerlijk proces in de strafrechtelijke context is namelijk dat sprake is van een “criminal charge”, volgens de betekenis die daar binnen het EVRM aan wordt gegeven (zie hierna paragraaf 2.2.2).<sup>25</sup>

Iedere strafzaak dient eerlijk te verlopen, ongeacht welk strafbaar feit aan de orde is,<sup>26</sup> waarbij het oordeel sterk afhangt van de omstandigheden van de individuele casus.<sup>27</sup> De rechten van de verdediging ten aanzien van het ingebrachte bewijs moeten worden gerespecteerd.<sup>28</sup> Daaronder valt tevens de wijze waarop het bewijs tegen de verdachte is verkregen.<sup>29</sup> Dit aspect is met name van belang bij de beoordeling of het verbod op gedwongen zelfincriminatie is geschonden.

Een strafzaak moet in zijn geheel worden gezien en het oordeel over de eerlijkheid van het proces kan in beginsel niet slechts afhangen van een enkel aspect of een enkele gebeurtenis.<sup>30</sup> Wel heeft het Hof speciale aandacht voor zaken waarin andere rechten uit het EVRM zijn geschonden,<sup>31</sup> zoals het recht op privacy en het verbod op foltering en onmenselijke behandeling.<sup>32</sup> Als sprake is van een schending van het verbod op foltering, zoals neergelegd in art. 3 EVRM, dan trekt het Hof een duidelijke grens. Er is bij voorbaat sprake van een oneerlijk proces als gebruik wordt gemaakt van

---

<sup>22</sup> EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zličić/Servië*), par. 120; meer uitgebreid, zie EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 253.

<sup>23</sup> EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 274.

<sup>24</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 67; EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 44-45.

<sup>25</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD002022592 (*Serves/Frankrijk*), par. 42; EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 249.

<sup>26</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 74; EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 97; EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 252.

<sup>27</sup> EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 250.

<sup>28</sup> In EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 43 geeft het Hof een aantal aspecten waarmee op dit punt rekening gehouden moet worden. Zie ook EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 96 en EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 164.

<sup>29</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 96; EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 163; EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 254.

<sup>30</sup> EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 251.

<sup>31</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 95 en EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 163.

<sup>32</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 98-99.

aldus verkregen verklaringen of fysiek bewijs (“real evidence”).<sup>33</sup> Wanneer er geen sprake is van foltering, maar evengoed van een onmenselijke behandeling in strijd met art. 3 EVRM, dan leidt dit voor verklaringen onverkort tot een oneerlijk proces. Voor zo verkregen fysieke bewijs hangt het van de omstandigheden af of sprake is van schending van art. 6 EVRM: bepalend is of de onmenselijke behandeling van invloed is op de uitkomst van het proces.<sup>34</sup> Dat dit van de omstandigheden van het geval afhangt, blijkt in de zaak Gäfgen tegen Duitsland, waarin fysiek bewijs werd verkregen door een onmenselijke behandeling) in strijd met art. 3 EVRM, zonder dat sprake was van foltering.<sup>35</sup> Omdat Gäfgen uiteindelijk wordt veroordeeld op grond van een bekende verklaring in de rechtszaal acht het Hof het gehele proces niet oneerlijk en is van een schending van art. 6, lid 1 en lid 3 EVRM geen sprake.<sup>36</sup>

In de recente zaak De Legé tegen Nederland benadrukt het Hof dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen het commune strafrecht (het Hof spreekt van “hard core criminal law”) en het belastingrecht. Voor belastingzaken gelden de garanties van art. 6 EVRM niet noodzakelijkerwijs in hun volle omvang.<sup>37</sup> Welke consequentie dit heeft bij de toetsing van het nemo-teneturbeginsel zal aan de orde komen in paragraaf 2.3 bij de uitzondering op de toepasbaarheid. De reden dat het Hof het hier benoemt is omdat hij zijn eigen systematiek aanhoudt en deze differentiatie van waarborgen onder het meer overkoepelende recht op een eerlijk proces past en niet onder de specifiekere toetsing aan het nemo-teneturbeginsel.

## 2.2 Toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel

### 2.2.1 Ratio en reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel

De zaak Funke tegen Frankrijk<sup>38</sup> is de eerste zaak waarin het EHRM een schending van het nemo-teneturbeginsel schaarde onder art. 6, lid 1 EVRM. Het gaat in deze zaak om het uitoefenen van dwang om documenten te verkrijgen, waarvan het bestaan niet zeker is. De dwang bestaat uit het dreigen met en opleggen van een strafrechtelijke sanctie.<sup>39</sup> De reikwijdte van de uitgeoefende bevoegdheid, namelijk de verplichting tot “production of papers and documents of any kind relating to operations of interest” en de zwaarte van de sanctie, geldboetes en (dreiging met) gevangenisstraf, spelen in deze zaak een rol.<sup>40</sup> Het Hof constateert een schending en legt zijn oordeel kort en bondig neer in een enkele paragraaf.<sup>41</sup>

Een aantal jaren later verduidelijkt het Hof dat in de zaak Funke de mate van dwang onverenigbaar was met art. 6 EVRM, omdat de essentie van het verbod op gedwongen zelfincriminatie teniet werd

---

<sup>33</sup> EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 166, 167 en 173; EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zličić/Servië*), par. 119.

<sup>34</sup> EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zličić/Servië*), par. 119; voor het eerst in EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 178.

<sup>35</sup> EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 108.

<sup>36</sup> EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*), par. 187-188. NB deze zaak staat vrijwel volledig in het teken van een eerlijk proces. Het verbod op gedwongen zelfincriminatie komt marginaal aan bod, zie par. 186.

<sup>37</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 62.

<sup>38</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*).

<sup>39</sup> EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 49. en EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), par. 49.

<sup>40</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 30 en 31.

<sup>41</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 44.

gedaan.<sup>42</sup> Deze formulering wordt in navolgende uitspraken door het Hof vaker herhaald.<sup>43</sup> Ook benoemt het Hof expliciet dat het nemo-teneturbeginsel en het zwijgrecht internationaal erkende standaarden zijn die besloten liggen in het recht op een eerlijk proces.<sup>44</sup> Een grondgedachte hierachter is dat voorkomen moet worden dat ongeoorloofde dwang leidt tot gerechtelijke dwalingen. Een belangrijk uitgangspunt is dat de aanklager zijn zaak rond moet krijgen zonder gebruik te maken van bewijs dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen.<sup>45</sup>

In de eerste plaats gaat het hierbij om het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen tijdens een verhoor en om niet gedwongen te worden om een verklaring af te leggen.<sup>46</sup> Het Hof heeft echter aan het beginsel een ruimere betekenis gegeven, door er ook gevallen onder te scharen waarin door de autoriteiten dwang werd uitgeoefend om fysiek bewijs (“real evidence”) te overhandigen, zoals in de zaken Funke tegen Frankrijk en J.B. tegen Zwitserland.<sup>47</sup>

Om aan een toetsing aan het nemo-teneturbeginsel toe te komen, moet aan twee voorwaarden zijn voldaan, die nauw met elkaar verbonden zijn. Voor de meer algemene toepasbaarheid van art. 6 EVRM moet sprake zijn van een “criminal charge” en daarnaast moet er sprake zijn van een vorm van dwang.<sup>48</sup>

### 2.2.2 De voorwaarde van een criminal charge

Zoals aangegeven in paragraaf 2.1 is art. 6, lid 1 EVRM in de strafrechtelijke context slechts van toepassing als sprake is van een “criminal charge”, dat wil zeggen (in de Nederlandse vertaling van art. 6, lid 1 EVRM) dat vervolging is ingesteld. Van vervolging is volgens het Hof niet alleen sprake als de autoriteiten formeel iemand hebben medegedeeld dat hij als verdachte is aangemerkt, maar tevens wanneer diens situatie substantieel is aangetast.<sup>49</sup> Dit laatste criterium gebruikt het EHRM regelmatig in zaken waarin het nemo-teneturbeginsel aan de orde is.<sup>50</sup> Het gaat er aldus om dat in materiele zin van feitelijke vervolging sprake is. Voorbeelden van zaken waarin een beroep gedaan wordt op het verbod op gedwongen zelfincriminatie, maar waar het Hof constateert dat geen sprake is van feitelijke vervolging zijn de zaken Weh tegen Oostenrijk en Van Weerelt tegen Nederland.<sup>51</sup>

---

<sup>42</sup> EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

<sup>43</sup> “The degree of compulsion applied will be incompatible with Article 6 where it destroys the very essence of the privilege against self-incrimination.” Recent nog in EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 68.

<sup>44</sup> Voor het eerst in EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 45, maar meestal wordt verwezen naar dezelfde passage in EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

<sup>45</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

<sup>46</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 110.

<sup>47</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 111.

<sup>48</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 65.

<sup>49</sup> Voor het eerst in een zaak over gedwongen zelfincriminatie op deze manier door het Hof toegelicht in EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD002022592 (*Serves/Frankrijk*), par. 42.

<sup>50</sup> Bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 41; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), par. 41; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 35; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 62.

<sup>51</sup> EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 54; EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414 (*Van Weerelt/Nederland*), par. 62. Een verschil tussen beide zaken is dat het Hof in Weh oordeelt dat er geen sprake is van een schending van art. 6, lid 1 EVRM, terwijl de zaak Van Weerelt kennelijk ongegrond wordt verklaard. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de zaak Van Weerelt

Verder is niet bepalend of een zaak ook daadwerkelijk aanhangig wordt gemaakt, zoals bleek in de zaak Funke tegen Frankrijk, en evenmin vervalt de mogelijkheid om aanspraak te maken op het verbod op gedwongen zelfincriminatie op het moment van vrijspraak.<sup>52</sup>

Het kan voorkomen dat aansluitend op een niet-strafrechtelijke procedure strafvervolgning wordt ingesteld, maar ook dat beide procedures gelijktijdig gevoerd worden.<sup>53</sup> Lenos maakt in dit verband onderscheid tussen een horizontale grens en een verticale grens. De horizontale grens wordt getrokken op het moment dat sprake is van feitelijke vervolging. De verticale grens heeft betrekking op situaties waarin tegelijkertijd met de strafrechtelijke vervolging een niet-strafrechtelijke procedure loopt tegen de verdachte.<sup>54</sup> Feteris spreekt in dat geval van een dubbel doel<sup>55</sup> en recent noemt Zeeman deze samenloop sfeercumulatie.<sup>56</sup> In diverse belastingzaken die voor het Hof zijn gebracht was sprake van zulke sfeercumulatie (o.a. in de zaken Funke tegen Frankrijk<sup>57</sup>, J.B. tegen Zwitserland<sup>58</sup>, Chambaz tegen Zwitserland<sup>59</sup> en Marttinen tegen Finland<sup>60</sup>). Veelal is in deze zaken sprake van feitelijke vervolging, zonder dat dit expliciet aan de (inmiddels) verdachte is meegedeeld.

### 2.2.3 De voorwaarde van dwang

Een tweede vereiste voor de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel is dat sprake is van dwang, waarbij de uitgeoefende dwang gericht is op het verkrijgen van belastend bewijsmateriaal.<sup>61</sup> Het Hof noemt drie voorbeelden van dwang die tot problemen kunnen leiden: het afdwingen van getuigenissen, het uitoefenen van fysieke of mentale druk – vaak in strijd met art. 3 EVRM – om fysiek bewijs of verklaringen te verkrijgen en kunstgrepen om informatie uit te lokken.<sup>62</sup>

Wat betreft het moment waarop de dwang wordt uitgeoefend, onderscheidt het Hof in de zaak Weh tegen Oostenrijk twee type zaken, waarop het nemo-teneturbeginsel van toepassing kan zijn.<sup>63</sup> Het eerste type betreft zaken waarin tegen iemand dwang wordt toegepast in een lopende of verwachte strafzaak, zodat reeds sprake is van feitelijke vervolging tegen die persoon.<sup>64</sup> Het is geen vereiste dat

---

geen ‘judgement’ is, waarin een zaak door het Hof inhoudelijk wordt behandeld, maar een ‘decision’, waarin alleen uitspraak wordt gedaan over de ontvankelijkheid. Gezien de aanvullende overwegingen in Weh, par. 55-56, zag het EHRM kennelijk aanleiding deze zaak wel inhoudelijk te behandelen.

<sup>52</sup> EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*), par. 34; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 35; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 64.

<sup>53</sup> Het Hof past overigens nauwelijks de Engel-criteria toe om het onderscheid tussen beide te maken. Van alle zaken waar in deze scriptie naar verwezen wordt, verwijst het EHRM slechts één keer naar de Engel-criteria, zie EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 44.

<sup>54</sup> Lenos 2002, p. 610.

<sup>55</sup> Feteris 2002, par. 6.

<sup>56</sup> Zeeman 2019, par. 1.4.

<sup>57</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*).

<sup>58</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*).

<sup>59</sup> EHRM 5 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304 (*Chambaz/Zwitserland*).

<sup>60</sup> EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*).

<sup>61</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 65; Het Hof gebruikt hier de meer algemene term belastende informatie, maar doelt hiermee op bewijsmateriaal, zie bijvoorbeeld de aansluitende paragraaf 66.

<sup>62</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 64.

<sup>63</sup> EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 41.

<sup>64</sup> EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 42.



daarbij ook daadwerkelijk bewijsmateriaal wordt verkregen.<sup>65</sup> Het tweede type betreft zaken waarbij in de strafrechtelijke procedure gebruik wordt gemaakt van belastend bewijsmateriaal dat buiten of voorafgaand aan de fase van feitelijke vervolging onder dwang is verkregen.<sup>66</sup>

Dat de uitgeoefende dwang daadwerkelijk gericht moet zijn op het verkrijgen van zelf-belastend bewijsmateriaal bleek bijvoorbeeld in de zaak *Serves* tegen Frankrijk.<sup>67</sup> *Serves* kreeg een boete, omdat hij als getuige werd opgeroepen maar weigerde de eed af te leggen. Het Hof benadrukt dat deze boete bedoeld is als stok achter de deur om waarheidsgetrouwe verklaringen te verkrijgen en niet om zelf-belastende verklaringen af te dwingen. Er is geen sprake van een schending. *Serves* had de eed af moeten leggen en zich vervolgens op zijn zwijgrecht moeten beroepen.<sup>68</sup>

### 2.3 Uitzondering op de bescherming – Saunders-criterium

Als aan de voorwaarden uit de vorige paragraaf is voldaan gaat het Hof niet direct over op een inhoudelijke toetsing. In de zaak *Saunders* tegen het Verenigd Koninkrijk introduceert het Hof namelijk een uitzondering op de bescherming die het nemo-teneturbeginsel biedt. Als die uitzondering van toepassing is dan valt een zaak buiten het bereik van de bescherming tegen het verbod op gedwongen zelfincriminatie. De uitzondering – hierna aangeduid als ‘het Saunders-criterium’ of ‘de (Saunders-)uitzondering’ – houdt in dat:

*“The right not to incriminate oneself ... 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 such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.”*<sup>69</sup>

Deze passage is in de Nederlandse literatuur veelvuldig besproken, waarbij de focus ligt op de wils(on)afhankelijkheid van het materiaal en dan met name van documenten. In deze paragraaf zal eerst de relevante jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de uitzonderingsgrond besproken worden (paragraaf 2.3.1). Daarna wordt stilgestaan bij de verschillende elementen die in bovenstaande passage zijn te onderscheiden: het soort materiaal (paragraaf 2.3.1) en de stadia waarin het materiaal een rol speelt (gebruik, verkrijgen, bestaan) en de aard (wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk) van het materiaal (paragraaf 2.3.3).

#### 2.3.1 De jurisprudentie van het EHRM

##### ***Saunders (1996)***

In de passage in het *Saunders*-arrest introduceert het EHRM de uitzondering – al draait de zaak daar in de kern niet om. In deze zaak gaat het om het gebruik tijdens de strafrechtelijke procedure van door *Saunders* afgelegde verklaringen, die tijdens een niet-punitief onderzoek zijn verkregen.<sup>70</sup> Allereerst dient opgemerkt te worden dat het Hof met de bewuste passage reageert op een argument van de Britse staat. Dat luidt dat onder dwang verkregen zelf-belastende verklaringen, documenten en ander bewijs niet altijd uitgesloten zijn voor bewijs, waarbij als voorbeelden worden

---

<sup>65</sup> Zo bleek al in de zaak *Funke*, zie EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 9-14.

<sup>66</sup> EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 43.

<sup>67</sup> EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD002022592 (*Serves/Frankrijk*).

<sup>68</sup> EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD002022592 (*Serves/Frankrijk*), par. 47.

<sup>69</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>70</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 67.

genoemd het recht van de aanklager om op grond van een huiszoekingsbevel documenten in beslag te nemen of adem-, bloed-, en urinemonsters.<sup>71</sup> Het EHRM corrigeert dit argument door aan te geven dat het slechts geldt voor materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat. Daarbij herhaalt het Hof wel de door de Britse staat genoemde documenten en lichaamsmateriaal, maar niet de (zelf-belastende) verklaringen.

Omdat het in de zaak Saunders niet om documenten of lichaamsmateriaal gaat, maar om verklaringen, benoemt het Hof direct aansluitend op deze passage en in dezelfde paragraaf, dat het zich in deze zaak beperkt tot het gebruik van de verklaringen tijdens de strafprocedure,<sup>72</sup> om vervolgens inhoudelijk verder op de zaak in te gaan. Daarmee legt het Hof het argument van de Britse staat beredeneerd terzijde en wordt duidelijk dat verklaringen niet onder de uitzondering vallen. Bovendien is daarmee een nadere duiding van wilsonafhankelijk materiaal op dat moment niet nodig.

Een verdere vergelijking tussen het argument van de Britse staat en de reactie van het EHRM laat zien dat het Hof lichaamswaarschuwing voor DNA-onderzoek toevoegt aan de voorbeelden. Daarnaast gaat de Britse staat ten aanzien van documenten uit van een actief recht van de aanklager om documenten te verkrijgen,<sup>73</sup> terwijl het volgens het Hof moet gaan om documenten die (reeds) onder dwang verkregen zijn,<sup>74</sup> zonder in te gaan op de vraag door wie de documenten (moeten) zijn verkregen. Tot slot noemt de Britse staat als dwangmiddel een huiszoekingsbevel, waar het Hof meer algemeen spreekt over een bevelschrift.

Eenzijds geeft het Hof hiermee een ruimere uitzonderingsgrond dan de Britse staat, door het toevoegen van lichaamswaarschuwing voor DNA-onderzoek, door niet als eis te stellen dat documenten door de aanklager mogen worden verkregen en door de toegepaste dwang om documenten te verkrijgen niet te beperken tot enkel een huiszoekingsbevel. Anderzijds beperkt het Hof, gezien het gebruik van de verleden tijd, de uitzonderingsgrond voor documenten tot reeds verkregen documenten. Dit zou in het licht van de classificatie door het Hof in de zaak Weh betekenen dat de Saunders-uitzondering van toepassing is op gevallen waarbij de dwang, het bevelschrift, buiten of voorafgaand aan de vervolgingsfase is uitgeoefend om belastende informatie, documenten, te verkrijgen.<sup>75</sup>

### **J.B. (2001)**

In de zaak J.B. tegen Zwitserland<sup>76</sup> bestaat de uitoefening van dwang uit strafrechtelijke boetes, om documenten te verkrijgen. Er is in deze zaak geen onderscheid in de procedure tussen de (niet-punitieve) belastingheffing en de strafrechtelijke vervolging voor belastingontduiking.<sup>77</sup> Dat maakt dat de verdachte er niet zeker van kan zijn dat hij niet vervolgd zal worden voor belastingontduiking

---

<sup>71</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 62.

<sup>72</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>73</sup> “the prosecution’s right to obtain documents pursuant to search warrants”.

<sup>74</sup> “documents acquired pursuant to a warrant”.

<sup>75</sup> Het tweede type zaken, zoals beschreven in EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 43.

<sup>76</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*).

<sup>77</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 47.



op basis van de door hem nog te verstrekken documenten.<sup>78</sup> Het Hof stelt daarom vast dat in deze zaak sprake is van feitelijke vervolging.<sup>79</sup>

Het Hof gaat in op het door de Zwitserse staat tijdens het voorafgaande federale proces aangevoerde argument, dat iemand verplicht kan worden tot medewerking om tachograaf-gegevens, of bloed- en urinemonsters af te staan.<sup>80</sup> Het Hof volgt deze redenering niet, omdat zulk materiaal weliswaar aan het Saunders-criterium van wilsonafhankelijkheid voldoet, maar de documenten in deze zaak van een andere aard zijn.<sup>81</sup> Ook het argument dat de Zwitserse staat al op de hoogte was van de informatie in de (niet verstrekte) documenten, door de verdediging bestempeld als “fishing expedition”,<sup>82</sup> legt het Hof naast zich neer, gezien de vasthoudendheid waarmee getracht werd de documenten alsnog te verkrijgen.<sup>83</sup> Het Hof concludeert dat het nemo-teneturbeginsel is geschonden.<sup>84</sup>

Aangezien het Hof de in deze zaak gevorderde documenten beschouwt als van een andere aard dan het wilsonafhankelijk materiaal uit Saunders, gaat het hier dus om wilsafhankelijk materiaal. Er is sprake van sfeercumulatie van belastingheffing en feitelijke strafrechtelijke vervolging. De dwang wordt uitgeoefend tijdens de feitelijke vervolging, wat het tot het eerste type zaken maakt, zoals beschreven in Weh.<sup>85</sup>

### **Jalloh (2006)**

In de zaak Jalloh tegen Duitsland is door toediening van een braakmiddel een drugsbolletje verkregen van de verdachte. De manier waarop dit gebeurde was in strijd met art. 3 EVRM,<sup>86</sup> al was er geen sprake van foltering.<sup>87</sup> Vervolgens concludeert het Hof dat geen sprake was van een eerlijk proces.<sup>88</sup> Daarmee staat de schending van art. 6 EVRM vast, maar toch gaat het Hof nog nader in op het door Jalloh ingebrachte argument dat de wijze van verkrijging van het bewijs en het gebruik ervan in het strafproces een schending oplevert van het nemo-teneturbeginsel.<sup>89</sup>

Bij de vraag of de Saunders-uitzondering op deze zaak van toepassing is, benoemt het Hof dat het drugsbolletje gekwalificeerd zou kunnen worden als wilsonafhankelijk materiaal.<sup>90</sup> Toch ziet het Hof dit anders en noemt drie redenen waarom dit materiaal afwijkt van de voorbeelden uit het Saunders-arrest.<sup>91</sup> Allereerst is er een verschil tussen fysiek bewijs dat tegen de wil van de verdachte wordt

---

<sup>78</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 66.

<sup>79</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 49.

<sup>80</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 29.

<sup>81</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 68.

<sup>82</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 54.

<sup>83</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 69.

<sup>84</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 71.

<sup>85</sup> EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*), par. 42, waar het Hof de zaak J.B. ook expliciet als voorbeeld noemt.

<sup>86</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 83.

<sup>87</sup> EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 106.

<sup>88</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 107-108. Het Hof trekt deze conclusie op basis van de omstandigheden in de zaak. Het criterium voor situaties van een schending van art. 3 EVRM, niet zijnde foltering, dat geen sprake is van een eerlijk proces wanneer de schending van art. 3 EVRM van invloed is op de uitkomst van het proces, heeft het Hof pas later ontwikkeld in Gäfgen, zie paragraaf 2.1.

<sup>89</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 109.

<sup>90</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 113.

<sup>91</sup> Het Hof gebruikt achtereenvolgens de woorden “could be considered” en “However”.

verkregen, zoals in deze zaak en in Funke en J.B., en lichaamsmateriaal dat onder dwang verkregen wordt ten behoeve van nader forensisch onderzoek.<sup>92</sup> Evident in de zaak Jalloh is verder dat de schending van de lichamelijke integriteit om het drugsbolletje te verkrijgen veel groter is dan gebruikelijk bij het verkrijgen van lichaamsmateriaal.<sup>93</sup> Tot slot leidde de procedure om het drugsbolletje te verkrijgen tot een schending van art. 3 EVRM, waar dat voor het verkrijgen van lichaamsmateriaal normaal gesproken niet zo is.<sup>94</sup> Het drugsbolletje valt daarom niet onder de Saunders-uitzondering, zodat het Hof tot de feitelijke toetsing aan het nemo-teneturbeginsel overgaat.<sup>95</sup> Ook langs deze weg komt het Hof uiteindelijk tot een schending van art. 6 EVRM.<sup>96</sup>

Alle drie de door het Hof genoemde argumenten zijn gericht op het maken van onderscheid tussen het drugsbolletje en het lichaamsmateriaal uit Saunders. Hij gaat niet in op de vraag of het drugsbolletje een nieuwe uitzonderingscategorie zou kunnen zijn, hoewel die ruimte er in principe wel is.<sup>97</sup> Voor het Hof is er in ieder geval geen twijfel dat deze zaak op een lijn valt te plaatsen met Funke en J.B en dus niet als uitzondering gezien moet worden.<sup>98</sup> De parallel met die zaken is dat de dwang wordt uitgeoefend op het moment dat al sprake is van feitelijke vervolging (Weh, type 1). Dit in tegenstelling tot het andere fysieke bewijsmateriaal dat in het Saunders-arrest wordt genoemd, namelijk reeds op grond van een bevelschrift verkregen documenten. Die verkrijging vindt juist plaats voorafgaand aan de feitelijke vervolging (Weh, type 2).

### ***De Legé (2022)***

De zaak De Legé tegen Nederland betreft een belastingzaak, waarin onder dreiging van een dwangsom bankafschriften worden verkregen, die vervolgens gebruikt worden om een boete op te leggen.<sup>99</sup> Het Hof gaat aan de hand van een aantal eerdere zaken expliciet in op gevallen waarin dwang in de vorm van boetes wordt uitgeoefend om documenten te verkrijgen in de context van het fiscaal recht.<sup>100</sup>

Het Hof vat samen dat het gebruik van zulke documenten buiten de bescherming van het nemo-teneturbeginsel valt, indien de dwang is gericht op het verkrijgen van specifieke reeds bestaande (“pre-existing”) documenten. Dat zijn documenten die niet als gevolg van de dwang vervaardigd zijn met het oog op het gebruik ervan in een strafrechtelijke procedure. Bovendien moet het gaan om documenten die relevant zijn voor het fiscale onderzoek en moeten de autoriteiten bekend zijn met het bestaan van die documenten.<sup>101</sup> Daartegenover staat het uitoefenen van dwang om documenten te verkrijgen waarvan het bestaan vermoed wordt, maar waarvan de autoriteiten niet zeker zijn. In dat geval is sprake van een “fishing expedition” en is er een parallel met afgedwongen verklaringen in die zin dat de autoriteiten informatie verkrijgen waarvan ze het bestaan nog niet kenden.<sup>102</sup> Tot slot

---

<sup>92</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 113.

<sup>93</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 114.

<sup>94</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 115.

<sup>95</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 117-121.

<sup>96</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 122.

<sup>97</sup> Gezien het gebruik door het Hof van “such as, inter alia” in EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>98</sup> EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 54.

<sup>99</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 83.

<sup>100</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 69-73.

<sup>101</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 76.

<sup>102</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 76.

benadrukt het Hof dat zowel voor documenten als voor overig fysiek bewijs de uitzondering niet geldt indien het bewijs is verkregen in strijd met art. 3 EVRM.<sup>103</sup>

Het Hof grijpt in zijn uiteenzetting niet expliciet terug op zijn eerdere gemaakte opmerking dat de garanties die art. 6 EVRM biedt niet noodzakelijkerwijs in hun volle omvang gelden in het belastingrecht (zie paragraaf 2.1). Evengoed werkt hij het verbod op gedwongen zelfincriminatie specifiek voor deze context uit.<sup>104</sup> Mijns inziens perkt het Hof daarmee dit aspect van het nemo-teneturbeginsel zozeer af tot het belastingrecht, dat het niet zonder meer ook van toepassing is op het commune strafrecht en andere rechtsgebieden buiten het commune strafrecht.

In de concrete behandeling van de zaak stelt het Hof eerst vast dat er al sprake was van feitelijke vervolging op het moment dat de dwangsom werd opgelegd.<sup>105</sup> Dat maakt deze zaak van de eerste categorie zaken, zoals beschreven in Weh.<sup>106</sup> Het Hof constateert dat in deze zaak sprake is van specifieke reeds bestaande documenten en het geen “fishing expedition” betreft.<sup>107</sup>

### 2.3.2 Het soort bewijsmateriaal

Het EHRM heeft bijzonder veel oog voor het bewijsmateriaal en het moment en de wijze waarop dat onder dwang wordt verkregen. Zoals bleek in paragraaf 2.2.1 heeft het EHRM naast verklaringen ook fysiek bewijsmateriaal onder het toepassingsbereik van het verbod op gedwongen zelfincriminatie gebracht. De in Saunders geformuleerde uitzondering heeft uitsluitend betrekking op fysiek bewijs en niet op verklaringen. Dat blijkt uit het niet overnemen door het EHRM in de Saunders-passage van het door de Britse staat aangevoerde argument dat verklaringen onder de uitzondering vallen. In latere rechtspraak is teug te zien dat het Hof in gevallen van onder dwang verkregen verklaringen de toetsing aan de Saunders-uitzondering overslaat, of er zelfs in het geheel niet naar verwijst.<sup>108</sup>

Als het gaat om fysiek bewijsmateriaal maakt het Hof onderscheid tussen lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek en overig fysiek bewijs. Een onder toediening van een braakmiddel verkregen drugsbolletje moet volgens het Hof niet als lichaamsmateriaal worden geclassificeerd, maar als overig fysiek bewijsmateriaal. Het Hof plaatst het drugsbolletje buiten de Saunders-uitzondering, waarna feitelijke toetsing volgt.

Voor documenten, die ook vallen onder overig fysiek bewijs, moet verder onderscheid worden gemaakt tussen documenten die tijdens de feitelijke vervolging onder dwang worden verkregen

---

<sup>103</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 67 en 77. Het Hof gebruikt hier niet de term “real evidence” maar “material evidence”. De formulering die het Hof in deze paragraaf hanteert lijkt wat kort door de bocht en sluit niet goed aan op de preciezere formulering in EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zličić/Servië*), par. 119, zie paragraaf 2.1.

<sup>104</sup> Zie het kopje boven EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 69-73: ““The privilege against self-incrimination and coercion to supply documents in the context of financial law matters””.

<sup>105</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 83.

<sup>106</sup> Al benoemt het Hof dat niet expliciet. Het Hof lijkt dit vooral te gebruiken om te concluderen dat aan de voorwaarden voor toetsing aan het nemo-teneturbeginsel is voldaan.

<sup>107</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 85.

<sup>108</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O’Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).

(Weh, type 1) en documenten die reeds voorafgaand aan de feitelijke vervolging door de autoriteiten onder dwang zijn verkregen (Weh, type 2). De uitzondering is op grond van de passage in het Saunders-arrest alleen van toepassing op de tweede categorie. Overigens lijkt er in de jurisprudentie van het EHRM geen zaak te zijn die op deze situatie ziet. De bekende zaken Funke, J.B., Chambaz en Marttinen zijn namelijk allemaal van de eerste categorie. Recent heeft het Hof in de zaak De Legé bepaald dat voor type-1 documenten toch een uitzondering bestaat, namelijk voor die gevallen waar in het fiscale recht sprake is van specifieke reeds bestaande documenten. Van zulke documenten kan gesteld worden dat aan de belangrijke voorwaarde wordt voldaan, dat de aanklager zijn zaak rond moet krijgen zonder gebruik te maken van bewijs dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen.

Het Hof lijkt de uitzondering op het verbod op gedwongen zelfincriminatie toe te spitsen op uitsluitend de in het Saunders-arrest geformuleerde soorten materiaal. Dit zijn lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek en 'type 2-documenten'. In het fiscale recht bestaat voor 'type 1-documenten' ook een uitzondering, waar het gaat om specifieke reeds bestaande belastingdocumenten. Voor overig fysiek bewijs van type 1 geldt de uitzondering niet, al kan deze conclusie niet hard getrokken worden, omdat het EHRM slechts in een enkele zaak (Jalloh) hierover een oordeel gaf. Volgens de redenering dat de fase waarin het bewijsmateriaal is verkregen bepalend is, is de uitzondering wel van toepassing op overig fysiek bewijs van type 2. Hierover ben ik in de jurisprudentie van het EHRM geen zaken tegengekomen.

### 2.3.3 Bestaan, verkrijgen, gebruik en wils(on)afhankelijkheid van bewijsmateriaal

Naast het soort bewijsmateriaal kan onderscheid gemaakt worden tussen de stadia waarin het bewijsmateriaal een rol speelt. Het Hof nodigt hiertoe uit in het Saunders-arrest, door in een en dezelfde zin te spreken over het onafhankelijk van de wil *bestaan*, het onder dwang *verkrijgen* en het in een strafzaak *gebruiken* van (bewijs)materiaal.

Het gebruik van bewijsmateriaal heeft de speciale aandacht van het EHRM. Het is een van de criteria die het Hof hanteert bij de feitelijke toetsing aan het nemo-teneturbeginsel (zie paragraaf 2.4). In de context van de Saunders-uitzondering is de betekenis echter gering. Het Hof benoemt slechts de consequentie: indien aan de voorwaarden is voldaan dat sprake is van materiaal dat onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaat en dat materiaal onder dwang is verkregen, is het toegestaan zulk materiaal tegen de verdachte te gebruiken in een strafrechtelijke procedure. Dit materiaal valt buiten de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.

Het bestaan van bewijsmateriaal is door het woordgebruik van het EHRM onlosmakelijk verbonden aan de wilsonafhankelijkheid. De uitzondering op het verbod op gedwongen zelfincriminatie geldt alleen onder de voorwaarde dat het bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil bestaat. Omdat verklaringen van de verdachte door het Hof buiten de Saunders-uitzondering zijn gelaten, kan de vraag of verklaringen wilsonafhankelijk kunnen bestaan buiten beschouwing worden gelaten.<sup>109</sup> Lichaamsmateriaal bestaat wilsonafhankelijk en ook is duidelijk dat dit bewijsmateriaal onder

---

<sup>109</sup> Dit laat onverlet dat verklaringen tegen de wil van de verdachte kunnen worden verkregen, zie bijvoorbeeld EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

(geoorloofde) dwang mag worden verkregen.<sup>110</sup> Voor overig fysiek bewijsmateriaal moet het wils(on)afhankelijke bestaan en het onder dwang verkrijgen ervan in samenhang worden gezien.

Bij documenten bepaalt het type document of deze wilsafhankelijk dan wel wilsonafhankelijk zijn. Type 2-documenten zijn voorafgaand aan de feitelijke vervolging verkregen op grond van een bevel en bestaan als zodanig omdat ze reeds in bezit zijn van de vervolgende autoriteit ten tijde van de feitelijke vervolging. Deze documenten zijn niet als gevolg van dwang vervaardigd met het oog op het gebruik ervan in een strafrechtelijke procedure en zijn daarom wilsonafhankelijk. Type 1-documenten, die tijdens de feitelijke vervolging nog niet zijn verkregen door de vervolgende autoriteit en die worden gevorderd om te dienen als belastend bewijsmateriaal, kunnen niet zonder medewerking van de (feitelijk) verdachte worden verkregen. Ze bestaan mogelijk in fysieke zin, maar daarvan is de vervolgende autoriteit niet zeker. Daarmee is dit type documenten wilsafhankelijk en is de uitzondering op de bescherming niet van toepassing.

In het belastingrecht bestaat er evenwel een uitzondering voor specifieke reeds bestaande documenten, die tijdens de feitelijke vervolging nog niet zijn verkregen door de vervolgende autoriteit. Deze mogen wel onder dwang worden verkregen tijdens de feitelijke vervolging, omdat zij niet als gevolg van dwang zijn vervaardigd met het oog op het gebruik ervan in een strafrechtelijke procedure en bovendien de vervolgende autoriteit zeker is van het bestaan ervan.

Voor overig fysiek bewijs anders dan documenten geldt mijns inziens dezelfde benadering. Als in het concrete geval van Jalloh op dezelfde manier als bij documenten onderscheid wordt gemaakt naar type 1 en type 2 materiaal, dan valt het drugsbolletje onder de type 1 zaken: er is sprake van feitelijke vervolging, waarna het braakmiddel onder dwang wordt toegediend, om zo bewijsmateriaal te verkrijgen, waarvan de politie vermoedt dat het een drugsbolletje is.<sup>111</sup> Dit type 1 materiaal valt niet onder de uitzondering.

De vraag of bewijsmateriaal wilsafhankelijk is, kan voor verklaringen positief en voor lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek negatief worden beantwoord. Voor overig fysiek bewijsmateriaal hangt de classificatie af van het moment waarop de dwang werd uitgeoefend, voorafgaand aan of tijdens de feitelijke vervolging. Het begrip 'bestaan' heeft betrekking op type-2 materiaal, dat reeds beschikbaar voor bewijs bij de autoriteiten op het moment dat de feitelijke vervolging aanvangt, en op specifieke reeds bestaande belastingdocumenten.

## 2.4 Feitelijke toetsing – Jalloh-criteria

Slechts als aan de voorwaarden van een feitelijke vervolging en dwang is voldaan en de Saunders-uitzondering niet van toepassing is, gaat het EHRM over tot feitelijke toetsing. De vraag of de essentie van het nemo-teneturbeginsel is geschonden staat daarbij centraal.<sup>112</sup> Hoewel meestal gerefereerd wordt naar het Jalloh-arrest<sup>113</sup> formuleerde het Hof al een aantal jaren eerder drie factoren waarmee kan worden nagegaan of sprake is van een schending van de essentie van het

---

<sup>110</sup> Wanneer de toegepaste dwang in strijd is met art. 3 EVRM vervalt echter de uitzondering en is het verbod op gedwongen zelfincriminatie van toepassing, zie EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 67.

<sup>111</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 11.

<sup>112</sup> Voor het eerst zo geformuleerd in EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

<sup>113</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 101.

verbod op gedwongen zelfincriminatie.<sup>114</sup> Dit zijn de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure.<sup>115</sup>

In Jalloh noemt het Hof als vierde factor het publieke belang van het onderzoek naar en de bestraffing van het strafbare feit.<sup>116</sup> In eerdere en latere rechtspraak laat het Hof dit niet als aanvullende factor terugkeren. Wel haalt het Hof regelmatig het publieke belang aan in zijn inhoudelijke overwegingen.<sup>117</sup> In sommige zaken benoemt het Hof dit als algemeen criterium bij de beoordeling of sprake is van een eerlijk proces, waarbij opgemerkt wordt dat het publieke belang niet kan rechtvaardigen dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel wordt geschonden.<sup>118</sup> In twee zaken gaat het Hof pas in op het publieke belang, nadat hij heeft geconstateerd dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel is geschonden.<sup>119</sup> Al met al lijkt het publieke belang als vierde factor geen vaste voet aan de grond te hebben gekregen. Daarom laat ik het hier verder buiten beschouwing.

Ten aanzien van de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure zijn er per factor geen scherpe toetsingscriteria aan te wijzen. Evenmin maakt het Hof duidelijk of hij de factoren cumulatief of alternatief betreft bij de toetsing. In sommige gevallen beschouwt het Hof in zijn oordeel alle drie de factoren,<sup>120</sup> in andere gevallen is de mate van dwang voldoende om een schending van de essentie vast te kunnen stellen.<sup>121</sup>

Bij de aard en mate van dwang noemt het EHRM in Ibrahim e.a. drie vormen van dwang die in het algemeen tot problemen kunnen leiden: het afdwingen van getuigenissen; het uitoefenen van fysieke of mentale druk, vaak in strijd met art. 3 EVRM, om fysiek bewijs of verklaringen te verkrijgen; en kunstgrepen om informatie uit te lokken.<sup>122</sup> In concrete gevallen gaat het om (de dreiging met)

---

<sup>114</sup> EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 44.

<sup>115</sup> Hoewel het EHRM spreekt van factoren, worden deze in de literatuur vaak aangeduid als de Jalloh-criteria. Ik hanteer beide begrippen, met de kanttekening dat het in feite niet gaat om criteria, maar slechts aspecten die in de feitelijke toetsing een rol spelen. Zie in dit verband ook de aanbeveling in paragraaf 4.2.

<sup>116</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 117.

<sup>117</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 74, EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 57 en EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 74.

<sup>118</sup> EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 252 en 274; EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 97.

<sup>119</sup> EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 55-57; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 73-74. In beide gevallen reageert het Hof hiermee op door partijen ingebrachte argumenten. Opvallend genoeg is dat in de zaak Jalloh juist niet het geval.

<sup>120</sup> EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 52; EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 117-122; EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 55-60; EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 104.

<sup>121</sup> Funke, concreet gemaakt in EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 49; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 55; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), par. 56; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 73.

<sup>122</sup> EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 267. Zie ook paragraaf 2.2.3, waar het EHRM deze passage aanhaalt bij de voorwaarde van dwang, in EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 64.

boetes en gevangenisstraf,<sup>123</sup> psychologische druk<sup>124</sup> en fysieke dwang in strijd met art. 3 EVRM.<sup>125</sup> Gevallen waar geen sprake was van een schending betroffen de waarschuwing dat uit het zwijgen van de verdachte negatieve gevolgtrekkingen zouden kunnen worden gemaakt,<sup>126</sup> de beperkte aard van de verplichting van een autobezitter om de naam van de bestuurder prijs te geven<sup>127</sup> en het ontbreken van enige vorm van druk op de verdachte.<sup>128</sup>

Bij de waarborgen in het proces zet het Hof de formele waarborgen die het nationale recht biedt ter bescherming van de verdachte af tegen de materiele uitwerking in de concrete zaak. De rechtspraak van het EHRM is op dit punt sterk casuïstisch, al komt het een aantal keer voor dat de formele waarborgen onvoldoende bescherming boden.<sup>129</sup> Verder kan de procespositie van de verdachte zijn aangetast als onzekerheid bestaat of af te leggen verklaringen tegen de verdachte gebruikt zullen worden.<sup>130</sup> Dat is ook aan de orde bij dwang om documenten te overleggen in het geval van belastingzaken waar sprake is van sfercumulatie.<sup>131</sup>

Recent heeft het Hof benadrukt dat het gebruik van het verkregen materiaal een cruciale factor is.<sup>132</sup> Het Hof tilt er zwaar aan als het onder dwang verkregen materiaal het voornaamste of beslissende bewijs vormde waarop de verdachte werd veroordeeld. In zaken waar dit het geval was leidde dit tot een schending,<sup>133</sup> terwijl er bij voldoende ander bewijsmateriaal geen schending werd geconstateerd.<sup>134</sup> In gevallen waarin de verdachte niet toegegeven heeft aan de dwang om bewijsmateriaal te leveren, is er in het geheel geen sprake van gebruik in de verdere procedure. Dit

---

<sup>123</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 15; EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 70; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 12; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), par. 14; EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 65; EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*), par. 17; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Martinen/Finland*), par. 73.

<sup>124</sup> EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 52.

<sup>125</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 118.

<sup>126</sup> EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 50.

<sup>127</sup> EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 57-58.

<sup>128</sup> EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 102.

<sup>129</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 52 (gebruikelijke waarborgen rond een verhoor ontbraken) en EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 120 (door gebrekkige communicatie waren de gezondheidsrisico's onaanvaardbaar).

<sup>130</sup> EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 53-54; EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*), par. 53-55; EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*), par. 39-40.

<sup>131</sup> EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), par. 44; EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 70; EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Martinen/Finland*), par. 73.

<sup>132</sup> EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 68. Al eerder: EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*), par. 269 en EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 71.

<sup>133</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 121: "decisive evidence"; EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*), par. 52: "the main or decisive evidence".

<sup>134</sup> EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*), par. 60: "only one element"; EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*), par. 103: "played a limited role".

kan aan de orde zijn in zaken waarin een verdachte bleef zwijgen<sup>135</sup> of weigerde om informatie aan te leveren.<sup>136</sup> Dit staat overigens het vaststellen van een schending niet in de weg.

## 2.5 Tussenconclusie

Het in dit hoofdstuk geschetste toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel is gebaseerd op rechtspraak van het EHRM die zich uitstrekt over dertig jaar. Het Hof heeft in de loop der tijd niet zozeer het toetsingskader gewijzigd, maar wel aangevuld en steeds scherper neergezet. Het uitgangspunt dat de aanklager zijn zaak rond moet krijgen zonder gebruik te maken van bewijs dat onder dwang tegen de wil van de verdachte is verkregen, heeft het Hof al in de zaak Saunders geformuleerd<sup>137</sup> en is daarna vaak aangehaald.<sup>138</sup> De kern van de inhoudelijke toetsing, namelijk dat de essentie van het nemo-teneturbeginsel niet mag zijn geschonden, staat daarbij al sinds de zaak Funke centraal.<sup>139</sup> In die zaak werd voor het eerst het verbod op gedwongen zelfincriminatie geschaard onder art. 6, lid 1 EVRM, dat meer algemeen ziet op een eerlijk proces.

Voorwaarden om tot een toetsing aan het nemo-teneturbeginsel over te gaan zijn dat sprake is van feitelijke vervolging en van dwang. Als de uitgeoefende dwang tot een schending heeft geleid van het verbod op foltering en onmenselijke behandeling, zoals neergelegd in art. 3 EVRM, dan kan dat met zich meebrengen dat het proces in zijn geheel oneerlijk is verlopen. In geval van foltering geldt dat in elk geval en ook bij verklaringen die door een onmenselijke behandeling zijn verkregen is er bij voorbaat sprake van een oneerlijk proces. In andere gevallen is bepalend of de schending van invloed is op de uitkomst van het proces.

Sinds Saunders geldt een uitzondering, die inhoudt dat het gebruik van dwang niet tot een schending van het nemo-teneturbeginsel leidt wanneer het verkregen bewijsmateriaal onafhankelijk van de wil bestaat. Het Hof onderzoekt deze uitzondering pas nadat is komen vast te staan dat aan de voorwaarden van feitelijke vervolging – als vereiste voor de toepasbaarheid van art. 6 EVRM – en dwang (tijdens of voorafgaand aan de feitelijke vervolging) is voldaan. In die zin komt de Saunders-uitzondering buiten de grenzen van het nemo-teneturbeginsel geen betekenis toe. Verder lijkt het Hof de uitzondering in enge zin toe te passen op de voorbeelden die het zelf geeft in de Saunders-passage, dat wil zeggen wel op lichaamsmateriaal en documenten die voorafgaand aan de feitelijke vervolging zijn verkregen door de vervolgende autoriteit (type 2-documenten), maar niet op documenten die worden gevorderd op het moment dat al van feitelijke vervolging sprake is (type 1-documenten) zoals vaak in het geval van sfeercumulatie, en ook niet op ander overig fysiek bewijsmateriaal van type 1, zoals het drugsbolletje in de zaak Jalloh. Verklaringen vallen in het geheel niet onder de uitzondering. Recent heeft het EHRM in de zaak De Legé de uitzonderingsgrond voor

---

<sup>135</sup> Zoals in EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*); EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*) en EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*).

<sup>136</sup> Bijvoorbeeld EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884 (*Funke/Frankrijk*), EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*) en EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*), par. 59.

<sup>137</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 68.

<sup>138</sup> Zie bijvoorbeeld EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*), par. 40, EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 64, EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 100 en recent nog EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*), par. 66.

<sup>139</sup> In EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 49, voor het eerst zo door het Hof geformuleerd om de zaak Funke te duiden.



type 1-documenten in het fiscale recht enigszins verruimd, waar het gaat om specifieke reeds bestaande documenten.

Uit de rechtspraak van het EHRM leid ik in algemene zin voor overig fysiek bewijs af dat het Saunders-criterium van toepassing is, en dat daarmee sprake is van wilsonafhankelijk materiaal, als het materiaal voorafgaand aan de feitelijke vervolging door de vervolgende autoriteit is verkregen. Kanttekening hierbij is dat ik met betrekking tot materiaal anders dan documenten geen uitspraak van het EHRM heb gevonden die dit ondersteunt.

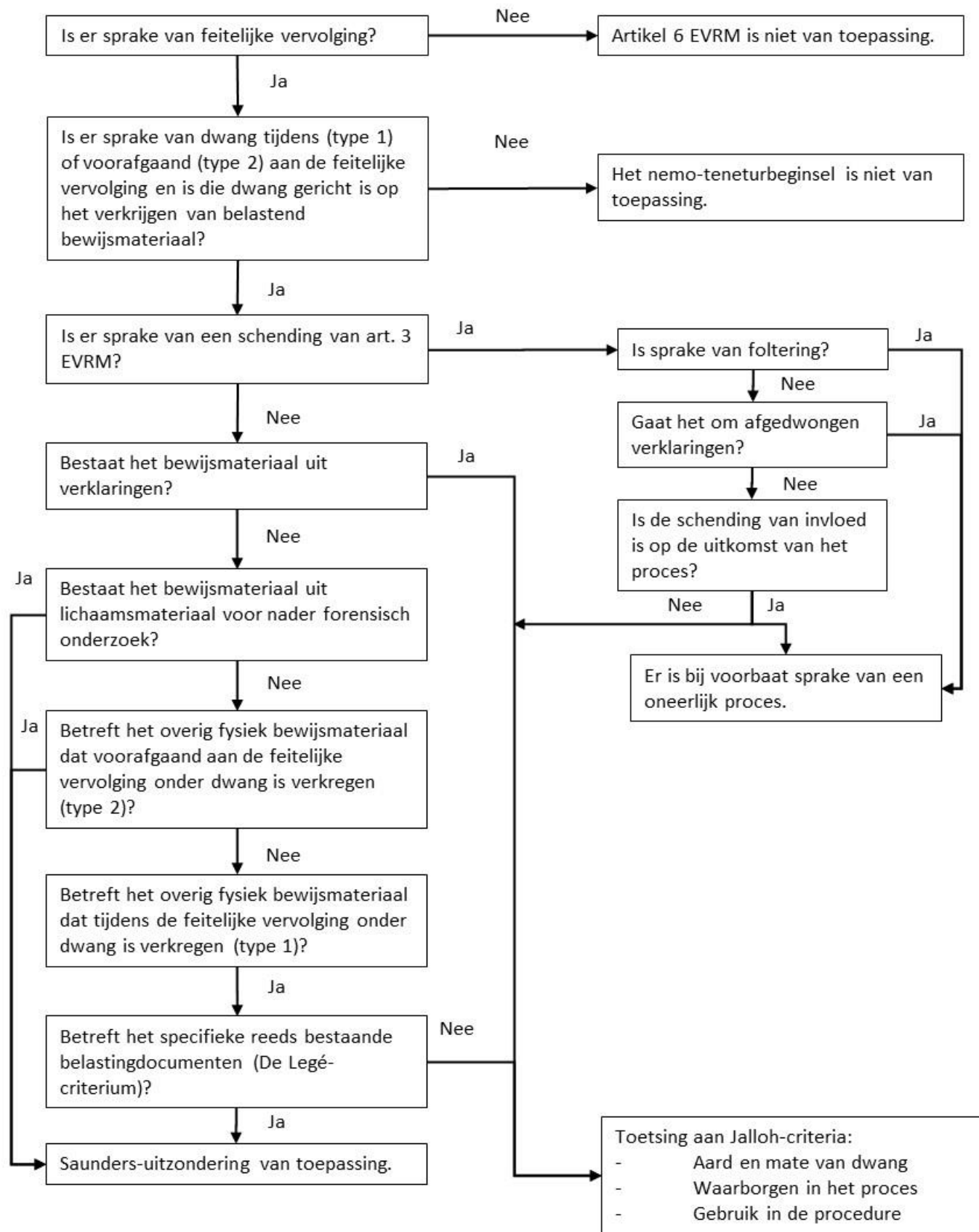
Als het Saunders-criterium niet van toepassing is gaat het Hof over op de feitelijke toetsing aan de hand van drie factoren: de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen materiaal in de verdere procedure. In de Europese jurisprudentie zijn bij deze factoren geen duidelijke toetsingscriteria aan te wijzen. De rechtspraak lijkt nog sterk casuïstisch, zodat het toetsingskader op dit aspect diffuus overkomt.

Voor alle zaken die ik in deze scriptie heb aangehaald om het toetsingskader te beschrijven, geldt dat aan de hand van het toetsingskader kan worden verklaard hoe het EHRM tot zijn oordeel is gekomen. In enkele gevallen lijkt het Hof van zijn eigen lijn af te wijken, bijvoorbeeld in Jalloh, waar hij het publieke belang bij het onderzoek naar en de bestraffing van het strafbare feit als vierde factor bij de feitelijke toetsing introduceert,<sup>140</sup> al komt dit maar eenmalig voor en wordt dit daarna niet door het Hof herhaald in andere arresten.

Afhankelijk van de omstandigheden in de casus slaat het EHRM stappen in de beoordeling over en laat hij deze onbenoemd Dit is bijvoorbeeld het geval in zaken waar geen sprake is van een feitelijke vervolging, zoals in de zaken Weh en Van Weerelt, zie paragraaf 2.2.2, en in zaken die gaan over onder dwang verkregen verklaringen, waarbij het Hof de toetsing aan de Saunders-uitzondering overslaat, zie paragraaf 2.3.2. Om het gehele toetsingskader inzichtelijk te maken kan het samenvattend worden weergegeven in een beslisboom, zie figuur 1.

---

<sup>140</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 117.



Figuur 1. Beslisboom toetsingskader nemo-teneturbeginsel in strafzaken.



### 3 Analyse van de Nederlandse literatuur en rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel

Zo lang als er door het EHRM recht wordt gesproken over het nemo-teneturbeginsel, zo lang bestaat er ook discussie in Nederland over die Europese rechtspraak. Daarbij worden door diverse auteurs en de Hoge Raad uiteenlopende gezichtspunten en interpretaties gegeven. Doel van dit hoofdstuk is om in kaart te brengen hoe de discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur en de rechtspraak van de Hoge Raad zich in de tijd hebben ontwikkeld (deelvraag 2), om daar vervolgens vanuit het toetsingskader op te reflecteren en daarbij de overeenkomsten en verschillen aan te geven (deelvraag 3).

Voorafgaand aan de rechtspraak van het EHRM over het nemo-teneturbeginsel, bestond er nog onduidelijkheid over de vraag of het beginsel überhaupt bestaat.<sup>141</sup> Met het Funke-arrest is die twijfel voorgoed verdwenen. De eerste periode die in paragraaf 3.1 wordt beschreven start daarom vanaf het Funke-arrest, gewezen in 1993, en bestrijkt de vroege literatuur en rechtspraak tot en met het begin van deze eeuw. In de periode daarna, beschreven in paragraaf 3.2, volgen er meer uitspraken van het Hof en vindt de Europese jurisprudentie ook steeds meer zijn weg in de Nederlandse rechtspraak. Vervolgens komen in paragraaf 3.3 de recente discussie en Nederlandse rechtspraak aan bod, die hoofdzakelijk is toegespitst op de vraag of het gedwongen ontgrendelen van een smartphone valt binnen de bescherming van het nemo-teneturbeginsel.

In iedere paragraaf hanteer ik zo veel mogelijk de volgorde van de verschillende aspecten van het toetsingskader, zoals beschreven in het vorige hoofdstuk. Per periode worden eerst de verschillende invalshoeken en interpretaties beschreven, waarna ik daarop reflecteer vanuit het toetsingskader van het EHRM. Het hoofdstuk sluit af met een tussenconclusie.

#### 3.1 Periode 1993-2003 – Funke, Saunders en J.B.

##### 3.1.1 Schets van de discussie

Het nemo-teneturbeginsel wordt gezien als een complex leerstuk waar veel en divers over is geschreven.<sup>142</sup> In de jaren '90 van de vorige eeuw doet het EHRM voor het eerst een aantal uitspraken over het nemo-teneturbeginsel. De belangrijkste zijn Funke (1993), Saunders (1996) en J.B. (2001). De rechtspraak van het Hof is casuïstisch, waardoor het in die periode niet makkelijk is algemene regels daaruit af te leiden. Evengoed wordt geprobeerd een lijn in de rechtspraak te ontdekken,<sup>143</sup> al wordt ook benadrukt dat het leerstuk nog allerminst is uitgekristalliseerd.<sup>144</sup> Opvallend is dat de positieve stemming over de helderheid die het Hof in het Saunders-arrest geeft<sup>145</sup> bij een aantal auteurs omslaat na het J.B.-arrest.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> Koops 2000, p. 27-28.

<sup>142</sup> Koops & Stevens 2003, p. 281.

<sup>143</sup> Schalken & Rozemond 1997, p. 808; *Kamerstukken II* 2001/02, 28176, nr. 1, p. 7.

<sup>144</sup> Feteris 2002, par. 4; Lenos 2002, p. 615; Koops & Stevens 2003.

<sup>145</sup> Lenos 1997, p. 795; Schalken & Rozemond 1997, p. 808; Koops 2000, p. 35; Koops & Stevens 2003, p. 281.

<sup>146</sup> Koops & Stevens 2003: "Groeiende duisternis"; Stevens 2007a, p. 630: "Het is lastig chocola te maken van de genoemde drie arresten."; later, zie Stevens 2007b, p. 684: "algehele verwarring".

In de periode voordat het EHRM zich uitsprekt over het beginsel speelt in Nederland het onderscheid tussen actieve medewerking en passief dulden, ook wel duldplicht genoemd, een rol,<sup>147</sup> maar na het Funke-arrest neemt de Europese rechtspraak een centrale plek in.<sup>148</sup> Voor het EHRM speelt het onderscheid tussen meewerken of dulden geen belangrijke rol.<sup>149</sup>

Wat betreft de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel, komen de vragen aan bod in hoeverre het beginsel zich uitstrekt voorbij het zwijgrecht, waarbij vooral wordt gekeken naar de Saunders-uitzondering,<sup>150</sup> en of het beginsel ook van toepassing is buiten de strafrechtelijke procedure, zoals bij het toezicht en het opsporingsonderzoek, voordat sprake is van feitelijke vervolging.<sup>151</sup> Een aantal auteurs staat specifiek stil bij de voorwaarde van feitelijke vervolging. Zo kan het nemo-teneturbeginsel pas worden ingeroepen als aan deze voorwaarde is voldaan.<sup>152</sup> Ook wordt genoemd dat tot het moment van feitelijke vervolging, zoals in de fasen van controle en opsporing, medewerking kan worden afgedwongen,<sup>153</sup> maar dat daarna inlichtingen kunnen worden geweigerd.<sup>154</sup> Dat vooraf dwang is uitgeoefend om materiaal te verkrijgen kan wel van invloed zijn op het gebruik ervan in de vervolgingsfase.<sup>155</sup>

In het Saunders-arrest verwijst het EHRM naar internationale rechtssystemen binnen en buiten de verdragsstaten van het EVRM als verantwoording waarom de inperking van het verbod op gedwongen zelfincriminatie gerechtvaardigd is.<sup>156</sup> Door verschillende auteurs wordt vervolgens het Amerikaanse Supreme Court aangehaald, dat het nemo-teneturbeginsel inperkt tot bewijs van “testimonial or communicative nature”.<sup>157</sup> Dat zou verklaren waarom het EHRM documenten waarvan het bestaan voor de vervolgende autoriteiten niet zeker is, onder de bescherming van het nemo-teneturbeginsel laat vallen.

Specifiek ten aanzien van onder dwang afgelegde verklaringen stellen verschillende auteurs dat het Hof in het Saunders-arrest zeer duidelijk heeft gemaakt dat deze niet mogen worden gebruikt in een strafzaak.<sup>158</sup> In hetzelfde nummer van het Nederlands Juristenblad waarin Lenos deze stelling inneemt, concluderen Schalken en Rozemond echter dat het Hof niet een duidelijke streep zet door het gebruik van zulke verklaringen als bewijs.<sup>159</sup> Lenos zelf lijkt later een genuanceerder standpunt in te nemen,<sup>160</sup> net als andere auteurs.<sup>161</sup> Desondanks bepaalt de Hoge Raad op basis van het Saunders-arrest dat een onder dwang afgelegde verklaring niet mag worden gebruikt voor een boete-oplegging.<sup>162</sup> Daarentegen valt het vorderen van registratiebladen en andere bescheiden volgens de

---

<sup>147</sup> Schalken & Rozemond 1997, p. 808; Koops 2000, p. 33-34 en p. 42-43.

<sup>148</sup> Stevens 2007a, p. 629.

<sup>149</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28176, nr. 1, p. 9; Stevens 2007a, p. 632.

<sup>150</sup> Knigge 1997, par. 1; Koops 2000, p. 34-43; Lenos 2002, p. 613-615; Koops & Stevens 2003, p. 283.

<sup>151</sup> Knigge 1997, par. 3; Koops 2000, p. 36-38; Lenos 2002, p. 611-612.

<sup>152</sup> Lenos 1997, p. 797-797; Lenos 2002, p. 610.

<sup>153</sup> Koops 2000, p. 37.

<sup>154</sup> Lenos 2002, p. 612.

<sup>155</sup> Koops 2000, p. 37; Lenos 2002, p. 610.

<sup>156</sup> EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 69.

<sup>157</sup> Lenos 1997, p. 796; Schalken 1997, par. 5; Knigge 1997, par. 4; Lenos 2002, par. 7.

<sup>158</sup> Lenos 1997, p. 798; Knigge 1997, par. 1.

<sup>159</sup> Schalken & Rozemond 1997, p. 808.

<sup>160</sup> Lenos 2002, p. 610.

<sup>161</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28176, nr. 1, p. 8; Feteris 2002, par. 10.

<sup>162</sup> HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, *BNB* 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.4.

Hoge Raad niet onder de bescherming van art. 6, lid 1 EVRM.<sup>163</sup> Dit zou in lijn zijn met het Saunders-arrest, waar het Hof documenten als voorbeeld noemt van wilsonafhankelijk materiaal.<sup>164</sup> Ook op dit punt verschillen in de Nederlandse literatuur de meningen. Zo zijn er auteurs die stellen dat voor documenten medewerking kan worden afgedwongen als er al sprake is van feitelijke vervolging,<sup>165</sup> maar het absolute karakter van deze inperking van rechten gaat anderen te ver.<sup>166</sup>

Verschillende auteurs gaan dieper in op het onafhankelijk van de wil bestaan van bewijsmateriaal en het onder dwang verkrijgen en in een strafzaak gebruiken daarvan.<sup>167</sup> Ook wordt gesteld dat niet het moment waarop het materiaal is verkregen (voor of na de feitelijke vervolging) voorop staat, maar het uiteindelijke gebruik ervan in het strafproces.<sup>168</sup> Na het J.B.-arrest ontstaat verwarring over de vraag of de rol van de wil van de verdachte vooral relevant is voor het bestaan van bewijsmateriaal of juist voor het verkrijgen daarvan.<sup>169</sup>

Gezocht wordt naar mogelijke overeenkomsten tussen de arresten Funke en J.B. Daarbij worden genoemd de onzekerheid over het bestaan van de documenten en de open vraagstelling waardoor sprake zou zijn van een “fishing expedition”.<sup>170</sup> Schalken stelt dat er geen sprake zal zijn van een schending onder de voorwaarde dat er sterke aanwijzingen zijn of ervan uit mag worden gegaan dat de gevorderde documenten daadwerkelijk bestaan.<sup>171</sup> Uit de rechtspraak van het EHRM wordt verder afgeleid dat de aard en mate van de uitgeoefende dwang een criterium is voor de beoordeling of sprake is van een schending.<sup>172</sup>

### 3.1.2 Analyse en reflectie

Het EHRM heeft in deze periode nog niet de opbouw en structuur van het gehele toetsingskader geschetst.<sup>173</sup> Toch zijn veel aspecten in deze periode in de discussie te herkennen: de reikwijdte en de voorwaarde van feitelijke vervolging, de ratio en verklaringen voor de Saunders-uitzondering, het onderscheid tussen bestaan, verkrijgen en gebruiken van het bewijsmateriaal, het De Legé-criterium van de onzekerheid van het bestaan van documenten en het Jalloh-criterium van de aard en mate van dwang.

De verwijzing naar het Amerikaanse Supreme Court vormt volgens mij een ondersteunend argument waarom afgedwongen verklaringen niet onder de Saunders-uitzondering vallen en dat dit tevens geldt voor documenten waarvan de autoriteiten niet zeker zijn dat deze bestaan. Voor beide geldt daarom dat de feitelijke toetsing aan de Jalloh-criteria van toepassing is. Net zo kan gesteld worden dat overig fysiek bewijs dat al voorafgaand aan de feitelijke vervolging in handen is gekomen van de

---

<sup>163</sup> HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.3; HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, BNB 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris, r.o. 3.5.

<sup>164</sup> HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, r.o. 5.2.

<sup>165</sup> Concl. A-G A. Machielse HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, NJ 1998/173, par. 5; *Kamerstukken II* 2001/02, 28176, nr. 1, p. 8 (al spreekt de minister van “verdenking”).

<sup>166</sup> Schalken 1997, par. 6; Koops 2000, p. 36, met verwijzing naar de dissenting opinion van rechter Martens in EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).

<sup>167</sup> Bijvoorbeeld Feteris 2002.

<sup>168</sup> Schalken & Rozemond 1997, p. 809; Koops & Stevens 2003, p. 284.

<sup>169</sup> Lenos 2002, p. 614; Koops & Stevens 2003, p. 293.

<sup>170</sup> Lenos 1997, p. 796; Schalken & Rozemond 1997; Feteris 2002, par. 4.

<sup>171</sup> Schalken 1997, par. 6.

<sup>172</sup> Lenos 1997, p. 796; Schalken & Rozemond 1997; Lenos 2002, p. 615; Koops & Stevens 2003, p. 288.

<sup>173</sup> Dat deed het Hof voor het eerst in EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), zie hoofdstuk 2.

autoriteiten en (belasting)documenten waarvan de autoriteiten het bestaan kennen niet van “testimonial or communicative nature” zijn. De Hoge Raad maakt duidelijk onderscheid tussen verklaringen en documenten, maar het verschil tussen type-1 en type-2 documenten komt niet naar voren. Dit ligt al wel besloten in de benadering van het EHRM, maar wordt pas na deze periode (in 2004 in de zaak Weh) door het Hof zo benadrukt.

De verwarring die na het J.B.-arrest ontstaat heeft enerzijds te maken met een iets andere formulering van de wilsonafhankelijkheid door het EHRM in J.B. ten opzichte van Saunders.<sup>174</sup> Gezien het beperkte aantal beschikbare arresten over het nemo-teneturbeginsel is het logisch dat voor dit verschil een verklaring wordt gezocht. Anderzijds wordt de Saunders-passage verschillend gelezen voor documenten. Zo heeft Feteris een uitleg die in lijn is met het toetsingskader,<sup>175</sup> heeft Lenos een onderzoekende benadering<sup>176</sup> en gaan anderen ervan uit dat documenten wilsonafhankelijk zijn.<sup>177</sup> Dat laatste geldt in beginsel niet voor documenten die tijdens de feitelijke vervolging worden gevorderd, zoals in de zaak J.B., zie paragraaf 2.3.1.

Met de genoemde overeenkomst tussen Funke en J.B., dat in beide zaken sprake was van een “fishing expedition”, zaten de betreffende auteurs op het juiste spoor. Beide zaken spelen zich af in het belastingrecht en in beide zaken is geen sprake van specifieke reeds bestaande documenten. Het EHRM heeft echter pas zeer recent in De Legé expliciet benadrukt dat het deze lijn voorstaat.

## 3.2 Periode 2004-2017 – Jalloh, Gäfgen en Ibrahim e.a.

### 3.2.1 Schets van de discussie

Gaandeweg komen er meer uitspraken van het EHRM die betrekking hebben op het nemo-teneturbeginsel. Het Hof komt daarin zelf af en toe met meer algemene overwegingen.<sup>178</sup> Het Saunders-criterium van de wilsonafhankelijkheid wordt gaandeweg verfijnd,<sup>179</sup> al wordt nog steeds benadrukt dat er veel discussie en interpretatie is<sup>180</sup> en dat voorzichtigheid geboden is bij het toepassen van de Europese rechtspraak op een specifieke casus.<sup>181</sup> Vaak aangehaalde arresten in deze periode zijn Jalloh (2006), Gäfgen (2010) en Ibrahim e.a. (2016).

De Jalloh-criteria worden vaak genoemd en daar bestaat weinig discussie over.<sup>182</sup> Aan de twee typen zaken waar het Hof in 2004 in de zaak Weh naar verwijst, wordt in de Nederlandse literatuur echter nauwelijks aandacht besteed.<sup>183</sup> Koops verwijst wel naar Weh, maar vanwege het feit dat deze zaak zich afspeelt in het verkeersrecht.<sup>184</sup> Het verkeersrecht zou, samen met het belastingrecht, een

---

<sup>174</sup> Vergelijk EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), par. 68 en EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 69. Zie ook Koops & Stevens 2003, p. 293.

<sup>175</sup> Feteris 2002, par. 3.

<sup>176</sup> Lenos 2002, p. 613.

<sup>177</sup> Knigge 1997, par. 1; Koops & Stevens 2003, p. 290 en 293.

<sup>178</sup> Valkenburg 2006, p. 347.

<sup>179</sup> Koops 2012, p. 84.

<sup>180</sup> Stevens 2007a, p. 628; De Haas & Vissers 2014, p. 93; zie Van Toor 2016, p. 28-29 voor een overzicht.

<sup>181</sup> Conclusie A-G G. Knigge HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 72.

<sup>182</sup> Koops 2012, p. 86; Van Toor 2013b, p. 320-321; De Haas & Vissers 2014, p. 93.

<sup>183</sup> Conclusie A-G G. Knigge HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 68; De Haas & Vissers 2014, p. 97-100, die zelf een aantal andere auteurs aanhalen.

<sup>184</sup> Koops 2012, p. 31.

rechtsgebied zijn waar bepaalde garanties niet gelden, die wel van toepassing zijn in het commune strafrecht.<sup>185</sup> De Hoge Raad nam al eerder een vergelijkbaar standpunt in.<sup>186</sup>

Ten aanzien van het soort bewijs worden diverse gezichtspunten ingebracht. Gewezen wordt enerzijds op het verschil tussen verklaringen en fysiek bewijs<sup>187</sup> en anderzijds op het verschil tussen fysiek bewijs en lichaamseigen materiaal.<sup>188</sup> A-G Knigge wijst op het onderscheid tussen feitelijke informatie en een schuldbekentenis, waarbij in de controlefase het zwijgrecht niet van toepassing is op de verstrekking van feitelijke informatie.<sup>189</sup> Ook speelt volgens hem de vraag een rol of sprake is van 'eigen' gegevens of van bedrijfsgegevens ten behoeve van de toezichthoudende overheid.<sup>190</sup>

De interpretatie van het in Saunders geïntroduceerde criterium van de wils(on)afhankelijkheid houdt velen bezig. Diverse auteurs blazen het onderscheid tussen actieve medewerking en passieve duldplicht nieuw leven in om de afhankelijkheid van de wil te duiden.<sup>191</sup> De rol van de onzekerheid over het bestaan van documenten, de open vraagstelling door de autoriteiten en de daaruit voortkomende “fishing expedition” blijven aangehaald worden als verklaringen voor de verschillende oordelen van het Hof.<sup>192</sup> Een aantal keer wordt weer kort verwezen naar het Amerikaanse Supreme court.<sup>193</sup> Daarnaast wordt een mogelijke verklaring gezocht in het verschil tussen een geestelijke en een lichamelijke inspanning die van de verdachte nodig is om materiaal over te dragen.<sup>194</sup> Sommige auteurs classificeren documenten als wilsonafhankelijk materiaal,<sup>195</sup> waarna Van Toor constateert dat in de rechtspraak van het Hof alle combinaties voorkomen: zowel bij gevallen van wilsafhankelijk materiaal, als bij wilsonafhankelijk materiaal komen zaken voor waar wél, of juist géén schending werd vastgesteld.<sup>196</sup>

Van Toor introduceert verder het onderscheid in een ‘means-based’ en een ‘material-based’ benadering.<sup>197</sup> In de means-based benadering biedt het nemo-teneturbeginsel bescherming tegen bepaalde handelingen om bewijs te verkrijgen, in de material-based benadering tegen gedwongen verkrijging van een bepaald soort bewijs.<sup>198</sup> Het Saunders-criterium bevat volgens Van Toor beide

---

<sup>185</sup> Van Toor 2013b, p. 321; Van Toor 2016, p. 34.

<sup>186</sup> Van Toor 2016, p. 38, onder verwijzing naar HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, *NJ* 1997/232, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 6.8.

<sup>187</sup> Zeeman & Feenstra 2014, p. 49.

<sup>188</sup> Stevens 2007b, p. 692.

<sup>189</sup> Conclusie A-G G. Knigge HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 79.

<sup>190</sup> Conclusie A-G G. Knigge HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 83.

<sup>191</sup> Conclusie A-G P.J. Wattel HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*), par. 6.3; De Haas & Vissers 2014, p. 111; Zeeman & Feenstra 2014, p. 48-49.

<sup>192</sup> Stevens 2007a, p. 632; Stevens 2007b, p. 686; De Haas & Vissers 2014, p. 95; Van Toor 2016, p. 42.

<sup>193</sup> Koops 2012, p. 84; Van Toor 2013b, p. 318; De Haas & Vissers 2014, p. 96.

<sup>194</sup> Koops 2012, p. 38 en 84; Van Toor 2016, p. 30.

<sup>195</sup> Stevens 2007b, p. 685; Van Toor 2013b, p. 319; Van Toor 2016, p. 30; Van Toor 2017b, p. 393; Conclusie A-G P.C. Vegter HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, par. 7.

<sup>196</sup> Van Toor 2013b, p. 319; Van Toor 2016, p. 30; Van Toor 2017b, p. 394.

<sup>197</sup> Voor het eerst in Van Toor 2013a.

<sup>198</sup> Van Toor 2013b, p. 318.



benaderingen,<sup>199</sup> maar volgens hem en anderen is het nemo-teneturbeginsel primair means-based en speelt het soort bewijs alleen een rol bij de mate van dwang die toelaatbaar is.<sup>200</sup>

Intussen dringt de rechtspraak van het EHRM steeds meer door in het Nederlandse recht. De Hoge Raad concludeert dat de rechten, die voortvloeien uit art. 6 EVRM niet van toepassing zijn op het verplicht verstrekken van gegevens zolang er geen sprake is van een verdenking of een feitelijke vervolging.<sup>201</sup> Ook is het gebruik van die gegevens in een opvolgende strafzaak toegestaan.<sup>202</sup> Aanvankelijk houdt de Hoge Raad de wilsafhankelijkheid buiten de deur. In het Tripod-arrest oordeelt de Hoge Raad namelijk dat in een strafzaak niet de wilsafhankelijkheid van een document centraal dient te staan, maar “het gebruik tot het bewijs van een al dan niet in een document vervatte verklaring van de verdachte”.<sup>203</sup> Maar in het arrest Van Weerelt, komt de Hoge Raad hier op terug door een vrij duidelijke instructie te geven over het gebruik van wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal voor de belastingheffing en voor fiscale beboeting of strafvervolging.<sup>204</sup> In het arrest KB-Lux bepaalt de Hoge Raad bovendien dat de vraag of sprake is van wilsafhankelijk of wilsonafhankelijk materiaal afhangt van de aard van het materiaal (namelijk “of het in fysieke zin ‘bestaat’ onafhankelijk van de wil van de betrokkene”).<sup>205</sup> Annotator Zwemmer heeft direct kritiek op het arrest, zowel wat betreft de aansluiting op de rechtsontwikkeling van het EHRM, als op de reikwijdte van het arrest.<sup>206</sup>

### 3.2.2 Analyse en reflectie

Waar in de vorige periode veel aspecten van het toetsingskader werden besproken, ligt de focus in de periode 2004-2017 veel meer op de wils(on)afhankelijkheid. Dat het daarbij voor documenten en ander overig fysiek bewijs uitmaakt of de dwang wordt uitgeoefend voor of tijdens de feitelijke vervolging wordt niet benoemd. Naar Weh (2004) wordt in dat verband nauwelijks verwezen, wat het mijns inziens een ondergewaardeerd arrest maakt in deze periode.

De verschillende gezichtspunten over het soort bewijs zijn grotendeels juist, alleen het onderscheid tussen eigen gegevens en bedrijfsgegevens maakt het EHRM niet. De rol van de onzekerheid van het bestaan van documenten blijft ook in deze periode in beeld als verklaring. Auteurs die in deze periode constateerden dat buiten het commune strafrecht bepaalde garanties ontbreken, hebben dit pas recent door het EHRM expliciet bevestigd gezien voor het belastingrecht (in de zaak De Legé, zie paragraaf 2.3.1). Voor het verkeersrecht, of andere rechtsgebieden zoals het milieurecht, hanteert het Hof deze lijn (nog) niet.

Het verschil tussen actieve medewerking en passief dulden om de wils(on)afhankelijkheid te bepalen past volgens mij goed in de benadering van het EHRM, ook al gebruikt het Hof deze termen slechts één keer.<sup>207</sup> Kennelijk speelt dit voor het Hof inderdaad geen dominante rol.<sup>208</sup> Minder goed te

---

<sup>199</sup> Van Toor 2013b, p. 318.

<sup>200</sup> Van Toor 2013b, p. 320; De Haas & Vissers 2014, p. 95; Van Toor 2016, p. 35. Ook Koops 2012, p. 85 wijst in deze richting. Voor een andere mening, zie Feteris 2002, par. 4.

<sup>201</sup> HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.1.

<sup>202</sup> HR 19 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV1141, *NJ* 2007/39, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 6.5.2.

<sup>203</sup> HR 21 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0666, *NJ* 2011/425, m.nt. J.M. Reijntjes, r.o. 4.3.

<sup>204</sup> HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*), r.o. 3.9. Uit r.o. 3.7 en 3.8 blijkt dat de Hoge Raad de situatie van sfercumulatie voor ogen heeft.

<sup>205</sup> HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*), r.o. 4.4.2.

<sup>206</sup> Zwemmer 2015, par. 2 en 3.

<sup>207</sup> EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*), par. 114.

<sup>208</sup> Zoals in paragraaf 3.1.1 al eerder geconstateerd door andere auteurs.

begrijpen vind ik dat de analyse van Van Toor, inhoudende dat er zaken voorkomen waarin sprake is van wilsonafhankelijk materiaal en er tóch een schending door het EHRM werd vastgesteld, geen vragen heeft opgeroepen. Het Hof heeft met het Saunders-arrest immers juist beoogd om wilsonafhankelijk materiaal buiten het toepassingsbereik van het nemo-teneturbeginsel te plaatsen. Van Toor noemt hierbij bovendien onder andere als voorbeeld de zaak J.B.,<sup>209</sup> terwijl het EHRM de documenten in die zaak als wilsafhankelijk materiaal bestempelde, zie paragraaf 2.3.1.

Ten aanzien van de means-based en de material-based benadering ben ik van mening dat beide benaderingen in de EHRM-jurisprudentie terug te vinden zijn. De material-based benadering voert de boventoon bij de Saunders-uitzondering, terwijl het Jalloh-criterium over de aard en mate van dwang means-based is. Wat in de material-based benadering mijns inziens ontbreekt is dat het moment waarop dwang wordt uitgeoefend bij documenten en ander overige fysiek bewijs een rol speelt bij het bepalen van het soort materiaal (type-1 of type-2), zie paragraaf 2.3.2.

Interessant vind ik het door de Hoge Raad geformuleerde “in een document vervatte verklaring.” Dat roept de vraag op of en wanneer een verklaring volgens het toetsingskader kwalificeert als verklaring of als document. Het verdient aanbeveling om dit in een nadere beschouwing goed af te bakenen.

Opvallend is dat de Hoge Raad in geen van de genoemde arresten refereert aan Jalloh, terwijl dat ten tijde van het KB-Lux-arrest toch al negen jaar oud is. En in die tijd zijn de criteria uit Jalloh in de literatuur veelvuldig aangehaald. Waar het EHRM in Jalloh de toetsing aan het nemo-teneturbeginsel breder trekt dan alleen het Saunders-criterium, duikt de Hoge Raad juist dieper in het Saunders-criterium van de wils(on)afhankelijkheid. Verschillende auteurs betwijfelen of de invulling van de Hoge Raad wel in lijn is met die van het EHRM.<sup>210</sup> Ik sluit me daarbij aan.

### 3.3 Periode 2018-2023 – de gedwongen biometrisch ontgrendelde smartphone

#### 3.3.1 Schets van de discussie

Onder invloed van nieuwe technologie komt vanaf 2018 een nieuwe discussie op gang rond het nemo-teneturbeginsel. Aanleiding zijn de aanbevelingen van de Commissie-Koops over de gedwongen ontgrendeling van smartphones met een vingerscan.<sup>211</sup> Diverse auteurs reageren op elkaar.<sup>212</sup> Al snel vindt daadwerkelijk een strafzaak plaats,<sup>213</sup> waarna de Hoge Raad uitspraak doet op de ingestelde cassatie in het belang der wet.<sup>214</sup> In tegenstelling tot de eerdere twee perioden gaat deze discussie specifiek over de toepassing van het nemo-tenetur in het commune strafrecht. Een andere invalshoek in deze periode heeft Zeeman, die zich richt op de sfeerovergang van het bestuurs- en strafrecht.<sup>215</sup> Zijn bevindingen zijn aan het eind van deze paragraaf separaat weergegeven.

Het Saunders-criterium neemt wederom een belangrijke plek in. In het algemeen wordt onderkend dat er in de literatuur niet zozeer discussie is over hoe om te gaan met verklaringen en

---

<sup>209</sup> Van Toor 2013b, p. 319.

<sup>210</sup> De Haas & Vissers 2014, p. 113; Van Toor 2016, p. 41.

<sup>211</sup> Commissie-Koops 2018, p. 104-107. Een enigszins vergelijkbare discussie ging hier al wel aan vooraf, namelijk over het decryptiebevel.

<sup>212</sup> Bood 2018; Stevens 2019; Egberts en Ferdinandusse 2019; Van Toor 2019a; Bood 2019.

<sup>213</sup> Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.

<sup>214</sup> HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, NJ 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

<sup>215</sup> Zeeman 2019.

lichaamsmateriaal, maar vooral over de wils(on)afhankelijkheid van overig fysiek bewijsmateriaal.<sup>216</sup> Over de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk en het gebruik van de aldus verkregen informatie op de smartphone is echter geen discussie.<sup>217</sup> De rechtbank houdt er rekening mee dat de smartphone wilsafhankelijke gegevens kan bevatten,<sup>218</sup> maar vrijwel alle auteurs zijn van mening dat het materiaal op de smartphone wilsonafhankelijk is,<sup>219</sup> waarbij het soort materiaal wordt aangemerkt als verklaringen.<sup>220</sup> Documenten en het drugsbolletje in de zaak Jalloh worden als wilsonafhankelijk bestempeld.<sup>221</sup> Nan brengt voor documenten het belang van de feitelijke vervolging onder de aandacht.<sup>222</sup>

De aard van de medewerking, actieve medewerking of duldplicht, komt wederom aan de orde. De vingerscan wordt tot de categorie duldplichten gerekend.<sup>223</sup> Opgemerkt wordt dat duldplichten in het Wetboek van Strafvordering ‘nemo-tenetur-proof’ zijn.<sup>224</sup> Daartegenover wordt gesteld dat die duldplichten juist gericht zijn op de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal.<sup>225</sup>

Ten aanzien van het bestaan van informatie wordt opgemerkt dat op een smartphone vastgelegde verklaringen in fysieke zin bestaan,<sup>226</sup> dat de informatie al bestaat vóór de ontgrendeling,<sup>227</sup> dat de inhoud van Whatsapp-berichten al vastligt op het moment van ontgrendelen van een telefoon<sup>228</sup> en dat “verklaringen of gegevens die oorspronkelijk van zijn wil afhankelijk waren (berichten, notities e.d.) [...] alleen nog maar gevonden” hoeven te worden.<sup>229</sup> Ligthart vraagt zich af of de fishing expedition-redenering uit het De Legé-arrest ook van toepassing is in het commune strafrecht.<sup>230</sup>

Het Jalloh-criterium van de aard en mate van dwang wordt bij gedwongen ontgrendeling van een smartphone als laag gezien, gelet op de relatief lichte inbreuk op de lichamelijke integriteit,<sup>231</sup> maar

---

<sup>216</sup> Van Toor 2019b, p. 210; Nan 2021, p. 127; Ligthart 2023, p. 112.

<sup>217</sup> Zie bijvoorbeeld Commissie-Koops 2018, p. 105 en Reijntjes 2021, p. 2165; zie eerder dezelfde conclusie door Van Toor 2017a, p. 7.

<sup>218</sup> Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.

<sup>219</sup> Van Toor 2019a, p. 406-407; Van Toor 2019b, p. 209; Ligthart 2019, p. 232; Nan 2019a, p. 117. Anders: Bood 2018, p. 2745-2746.

<sup>220</sup> Bood 2018, p. 2745-2746: “bekennende verklaringen”; Van Toor 2019a, p. 406-407: “vastgelegde verklaringen”; Nan 2019a, p. 117.

<sup>221</sup> Nan 2021, p. 124; Ligthart 2023, p. 111-112.

<sup>222</sup> Nan 2021, p. 127.

<sup>223</sup> Zie de subtitel en aanbeveling van Commissie-Koops 2018, p. 104-107; Stevens 2019, p. 400; Nan 2019a, p. 117.

<sup>224</sup> Stevens 2019, p. 402. Stevens noemt als voorbeelden: “dat de verdachte moet dulden dat wangslijm wordt afgenomen ten behoeve van DNA-onderzoek, dat zijn baard wordt afgeschoren ten behoeve van een confrontatie, dat zijn woning wordt doorzocht met het oog op inbeslagname, of dat hij op het toilet in een observatiecel wordt gezet om bolletjes drugs uit te poepen.”

<sup>225</sup> Bood 2019, p. 409.

<sup>226</sup> Van Toor 2019a, p. 406-407.

<sup>227</sup> Van Toor 2019b, p. 209.

<sup>228</sup> Ligthart 2019, p. 232.

<sup>229</sup> Nan 2019a, p. 117.

<sup>230</sup> Ligthart 2023, p. 111.

<sup>231</sup> Commissie-Koops 2018, p. 106.

– op grond van artikel 180 Sr (wederspanning) – ook als hoog, zodat een schending in beeld komt.<sup>232</sup> Betoogd wordt dat de aard van het materiaal bepaalt welke dwang is toegestaan.<sup>233</sup>

Een vraag die wordt opgeworpen is hoe de toegang tot een grote hoeveelheid informatie op de smartphone die door de ontgrendeling wordt verkregen zich verhoudt tot het recht op privacy.<sup>234</sup> Van Toor bepleit dit als criterium op te nemen in het toetsingskader van het nemo-teneturbeginsel en zo de focus te verleggen van de aard en mate van dwang naar een toetsingskader gebaseerd op informatie(privacy).<sup>235</sup> Een tegengeluid is om dit juist via art. 8 EVRM te laten lopen.<sup>236</sup> Ook wordt gesteld dat de procedurele waarborgen rond het onderzoeken van informatie op de smartphone in Nederland op dit moment onvoldoende zijn.<sup>237</sup>

In de Nederlandse rechtszaak oordelen zowel de rechtbank als de Hoge Raad dat de gedwongen ontgrendeling van de smartphone rechtmatig was, omdat het ging om “gegevens die al in de smartphone waren vastgelegd” en om “slechts een geringe inbreuk op de lichamelijke integriteit van de verdachte”.<sup>238</sup> Nan en Van Toor kunnen zich hier in vinden, al verwijt die laatste de rechtbank dat hij de aard van de medewerking, de aard en mate van dwang en de aard van het verkregen materiaal door elkaar haalt.<sup>239</sup> Nan schaarft zich ook achter het arrest van de Hoge Raad en loopt daarbij de Jalloh-criteria langs.<sup>240</sup> Annotator Reijntjes is van mening dat de Procureur-Generaal te weinig argumenten verzameld heeft die pleiten tegen het oordeel van de rechtbank.<sup>241</sup> Wel heeft de Hoge Raad gehoor gegeven aan de oproep om meer aandacht te besteden aan het Jalloh-arrest,<sup>242</sup> al roept de manier waarop hij dit doet ook kritiek op.<sup>243</sup>

Ook in deze periode wordt benadrukt dat de Hoge Raad op de Saunders-lijn zit, waar het EHRM een ruimere uitleg heeft en de nadruk legt op de Jalloh-criteria.<sup>244</sup> Wel wordt voorzichtig geconcludeerd dat de Hoge Raad met dit arrest de Saunders-lijn verlaat en meer opschuift naar het toetsingskader van het EVRM.<sup>245</sup> Anderzijds zou het voor de verdere rechtsontwikkeling juist behulpzaam kunnen zijn om meer afstand te nemen van de rechtspraak van het EHRM, omdat die aldus Ligthart immers altijd enkele jaren achterloopt.<sup>246</sup>

Zeeman tot slot staat ook hij stil bij dulden en actieve medewerking. Hij concludeert dat het lichaamsmateriaal uit de Saunders-passage valt onder de duldplicht, terwijl de wilsonafhankelijkheid

---

<sup>232</sup> Bood 2018, p. 2747-2748.

<sup>233</sup> Nan 2019a, p. 117, Van Toor 2019b, p. 209; vergelijkbaar, zie Stevens 2019, p. 402. Het begrip ‘de aard van het materiaal’ wordt ontleend aan HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*), r.o. 4.4.2, zie paragraaf 3.2.1.

<sup>234</sup> Zie bijvoorbeeld Commissie-Koops 2018, p. 106.

<sup>235</sup> Van Toor 2021, p. 98-100.

<sup>236</sup> Nan 2021, p. 122.

<sup>237</sup> Van Toor & Beekhuis 2021, p. 190-191.

<sup>238</sup> Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, r.o. 3.4.1.3.2.; HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, r.o. 7.3, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.

<sup>239</sup> Nan 2019b, p. 1042; Nan 2019, p. 117; Van Toor 2019b, p. 209.

<sup>240</sup> Nan 2021, p. 121.

<sup>241</sup> Reijntjes 2021, p. 2165.

<sup>242</sup> Reijntjes 2021, p. 2166.

<sup>243</sup> Reijntjes 2021, p. 2166 spreekt van “plakken en knippen” en Nan 2021, p. 121 van “een beetje een lui arrest”.

<sup>244</sup> Nan 2019a, p. 116-117; Nan 2021, p. 127.

<sup>245</sup> Van Toor & Beekhuis 2021, p. 190.

<sup>246</sup> Ligthart 2023, p. 119.

voor documenten voortkomt uit de bijzin ‘acquired pursuant to a warrant’ en slaat op huiszoeking(sbevelen).<sup>247</sup> Een verdachte moet immers een huiszoeking dulden en hoeft daarbij niets zelf te produceren.<sup>248</sup> In de Saunders-passage is dan ook geen sprake van uitlevering van materiaal, wat actieve medewerking zou inhouden.<sup>249</sup> Daarom beoordeelt het Hof in de zaak J.B. de documenten als wilsafhankelijk: de dwang was gericht op actieve medewerking tot uitlevering.<sup>250</sup>

Verder merkt Zeeman op dat het nemo-teneturbeginsel werking heeft vanaf het moment van feitelijke vervolging.<sup>251</sup> Volgens hem is sprake van een schending wanneer een vordering van documenten, en in bredere zin fysiek bewijs, onder dwang plaatsvindt terwijl er sprake is van feitelijke vervolging. Wilsonafhankelijk materiaal definieert hij als fysiek bewijsmateriaal dat zonder actieve medewerking van de verdachte is verkregen, of dat ter inzage is gesteld buiten de fase van feitelijke vervolging. Wilsafhankelijk materiaal omvat verklaringen en fysiek bewijsmateriaal dat verkregen is onder onvrijwillige actieve medewerking. De “gevaarlijk onvolledige lezing” van de Saunders-passage over documenten leidt volgens Zeeman tot de onterechte conclusie dat documenten niet onder de nemo-teneturbescherming vallen.<sup>252</sup>

### 3.3.2 Analyse en reflectie

In de discussie over de wils(on)afhankelijkheid van de vingerafdruk en de informatie op de smartphone moet allereerst onderscheid worden gemaakt tussen de vingerafdruk die toegang geeft tót de smartphone en de informatie óp de smartphone, die als daadwerkelijk bewijsmateriaal kan dienen. De nadruk in de literatuur en rechtspraak ligt bij de vingerafdruk. Dat deze wilsonafhankelijk is, is echter niet relevant, want die vormt niet het bewijs dat uiteindelijk gebruikt wordt.<sup>253</sup> Het onderscheid naar dulden of actieve medewerking is voor het EHRM niet van wezenlijk belang, zie paragraaf 3.2.2. Of de mate van dwang tijdens de ontgrendeling als laag of hoog moet worden gezien, is een kwestie die thuishoort bij het Jalloh-criterium over de aard en mate van dwang. Voorafgaand aan die toetsing zal van de informatie óp de smartphone eerst zelfstandig beoordeeld moeten worden of dit aan de Saunders-uitzondering voldoet.

Dat roept de vraag op om wat voor soort materiaal het gaat. Als deze informatie inderdaad kwalificeert als verklaring, zoals door sommige auteurs aangeduid, dan betreft het wilsafhankelijk materiaal en dient toetsing plaats te vinden aan de Jalloh-criteria. De Saunders-uitzondering is immers niet van toepassing op verklaringen, zie paragraaf 2.3.3.<sup>254</sup> Als de informatie wordt beschouwd als overig fysiek bewijs, dan is dit van type 1, omdat het pas wordt verkregen op het moment dat de feitelijke vervolging is aangevangen. Daar waar auteurs benoemen dat de informatie op de smartphone reeds bestaat, gaan zij eraan voorbij dat ‘bestaan’ slaat op bewijsmateriaal dat de autoriteiten reeds verkregen hebben op het moment dat van feitelijke vervolging sprake is, en dus betrekking heeft op type-2 materiaal.

---

<sup>247</sup> Zeeman 2019, par. 5.2.1.3.

<sup>248</sup> Zeeman 2019, par. 5.2.8.

<sup>249</sup> Zeeman 2019, par. 5.3.5.

<sup>250</sup> Zeeman 2019, par. 5.3.2.3.

<sup>251</sup> Zeeman 2019, par. 5.9.6.

<sup>252</sup> Zeeman 2019, par. 5.3.5. Hiermee doelt hij op auteurs die het slechts hebben over documenten, in plaats van over documenten die (eerder) op grond van een bevel zijn verkregen.

<sup>253</sup> Zie zowel het Saunders-criterium, paragraaf 2.3, als het derde Jalloh-criterium, paragraaf 2.4.

<sup>254</sup> Nan maakt in dit opzicht zelfs een dubbele denkfout, door enerzijds verklaringen wilsonafhankelijk te noemen (Nan 2019a, p. 117), en evengoed dit (kennelijk) wilsonafhankelijke materiaal te toetsen aan de Jalloh-criteria (Nan 2021, p. 121).

Verder is de De Legé-uitzondering niet van toepassing op het materiaal op de smartphone, omdat deze is beperkt tot specifieke reeds bestaande belastingdocumenten. Hypothetisch gezien ligt het bovendien niet voor de hand dat de opsporingsdiensten op de smartphone informatie zouden kunnen aantreffen, waarvan zij het bestaan al kenden. Kortom, de Saunders-uitzondering is niet van toepassing op het materiaal op de smartphone, ongeacht de kwalificatie als verklaring of als overig fysiek bewijs.

De oproep om het toetsingskader voor het nemo-teneturbeginsel veel meer te baseren op de informatie vanwege de potentiële privacy-schending door het gedwongen ontgrendelen van een smartphone kan ik niet plaatsen. Het EHRM heeft immers benadrukt dat het gebruik van bewijs een belangrijke plek inneemt én dat fishing expeditions uit den boze zijn. Mocht een privacy-schending aan de orde zijn, dan biedt het toetsingskader voldoende waarborgen.

In het arrest van de Hoge Raad valt op dat vijftien jaar na dato eindelijk het Jalloh-arrest een plek krijgt in de Nederlandse jurisprudentie. Met Reijntjes ben ik het eens dat de manier waarop geen schoonheidsprijs verdient. De door de Hoge Raad geciteerde passage uit het Jalloh-arrest omvat vrijwel het gehele toetsingskader,<sup>255</sup> waarna het oordeel volgt zonder enige verdere toepassing daarvan. Verder ben ik van mening dat de rechtbank en de Hoge Raad op twee gedachtes hinken door zich zowel uit te spreken over de gedwongen ontgrendeling als over het materiaal op de smartphone. Gelet op het voorgaande betwijfel ik of we met dit arrest nu de drie decennia discussie achter ons kunnen laten.

Zeeman zit met zijn interpretatie vrijwel volledig op de lijn van het EHRM. Hij ziet het onderscheid tussen type-1 en type-2 documenten en wijst op de onjuiste lezing van de Saunders-passage. Zijn interpretatie van de Saunders-passage, dat de wilsonafhankelijkheid van documenten gekoppeld is aan huiszoekingbevelen, deel ik niet, aangezien de verkrijging van type-2 documenten ook kan plaatsvinden door andere legitieme overheidsdwang buiten het strafrecht.<sup>256</sup>

### 3.4 Tussenconclusie

De gehele periode van dertig jaar overziend, ontstaat wat betreft ontwikkeling van de discussie in de Nederlandse literatuur en de Nederlandse rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel (deelvraag 2) het volgende beeld. In de eerste periode (1993-2003) zijn auteurs nog zoekende. Veel aspecten van het toetsingskader van het EHRM worden in de literatuur behandeld, maar de structuur die het toetsingskader tegenwoordig biedt, ontbreekt. Er is weinig ‘materiaal’ van het EHRM om op terug te vallen, daarom vindt er veel interpretatie plaats.

In de tweede periode (2004-2017) is er veel focus op de wils(on)afhankelijkheid, maar dat is geen afspiegeling van de rechtspraak van het EHRM. Het Hof besteedt daar aandacht aan in de bredere context van het toetsingskader om vast te stellen of sprake is van een uitzondering. Het arrest Weh is onderbelicht in de literatuur en daarmee het belang van de fase waarin de dwang wordt uitgeoefend, voorafgaand of tijdens de feitelijke vervolging. Zonder dit onderscheid te maken, stellen veel auteurs dat (alle) documenten wilsonafhankelijk zijn, om vervolgens te constateren dat het EHRM desondanks toch tot een schending komt. Dit is opmerkelijk omdat in de zaak J.B. het Hof zelf

---

<sup>255</sup> Alleen de De Legé-uitzondering ontbreekt.

<sup>256</sup> Zie paragraaf 2.3.1, waar aan de orde kwam dat het in het Saunders-arrest de Britse staat was die sprak van een huiszoekingsbevel (‘search warrant’), waarop het EHRM reageert met het meer algemene bevelschrift (‘warrant’).

expliciet aangeeft dat de documenten in deze zaak níet wilsonafhankelijk zijn. Ook voor het drugsbolletje in Jalloh kom ik na lezing van het arrest, anders dan auteurs tot de conclusie dat het Hof deze níet als wilsonafhankelijk ziet. Verder is op wilsonafhankelijk materiaal de Saunders-uitzondering van toepassing, maar bij auteurs komt de vraag op waarom evengoed het Hof tot toetsing overgaat.

In de laatste periode (2018-2023) worden door een aantal auteurs naast documenten zelfs verklaringen als wilsonafhankelijk bestempeld en worden de Jalloh-criteria langsgelopen voor (vermeend) wilsonafhankelijk materiaal. In de zaak van de gedwongen ontgrendeling van de smartphone wordt zowel in de literatuur als in de rechtspraak de nadruk gelegd op de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk en de uitgeoefende dwang op de verdachte, terwijl informatie óp de smartphone het bewijs vormt dat in een strafzaak tegen de verdachte gebruikt wordt. Recent heeft Zeeman een aantal aspecten correct benoemd en ook het arrest De Legé biedt veel houvast.

Veel van de rechtsontwikkeling in Nederland rondom het nemo-teneturbeginsel heeft door de Hoge Raad plaatsgevonden buiten het commune strafrecht. Ook de Hoge Raad heeft een sterke focus op de wils(on)afhankelijkheid. Naar het Jalloh-arrest is pas recent voor het eerst door de Hoge Raad verwezen, maar een nadere toelichting (of toetsing aan de Jalloh-criteria) geeft hij niet. Deze zaak laat wel zien dat de Hoge Raad voor het nemo-teneturbeginsel ook in het strafrecht een serieuze plek ziet weggelegd.

De beschrijving en analyse in dit hoofdstuk laat een aantal overeenkomsten en verschillen zien tussen de invalshoeken en interpretaties in Nederland en het toetsingskader van het EHRM (deelvraag 3). Een verschil is dat in de literatuur de aandacht, na een aanvankelijk brede oriëntatie, steeds meer komt te liggen op de wils(on)afhankelijkheid, die gekoppeld is aan de Saunders-uitzondering, terwijl het EHRM dit aspect sinds het Jalloh-arrest plaatst in de bredere context van het toetsingskader. Diverse aspecten van het toetsingskader worden in de rechtsliteratuur wel overeenkomstig het toetsingskader benoemd, zoals de voorwaarde van feitelijke vervolging, de fishing expedition en de onzekerheid over het bestaan van documenten (periode 1 en 2) en het verschil tussen verklaringen en fysiek bewijs enerzijds en het verschil tussen fysiek bewijs en lichaamsmateriaal anderzijds (periode 2). De samenhang tussen deze aspecten en de rol die ze spelen in het toetsingskader van het EHRM blijft echter onduidelijk, waarschijnlijk door de sterke focus op de wils(on)afhankelijkheid. Recent pas heeft Zeeman het belang van type-1 en type-2 bewijsmateriaal overeenkomstig het toetsingskader onderkend en gewezen op een misinterpretatie door de onvolledige lezing van de Saunders-passage over (eerder verkregen) documenten.

De dominante positie van de wils(on)afhankelijkheid in de Nederlandse literatuur en rechtspraak dient gerelativeerd te worden. Deze vindt geen steun in het toetsingskader van het EHRM. Het verschil tussen enerzijds de Saunders-uitzondering en anderzijds de toetsing aan de Jalloh-criteria wordt daardoor onvoldoende onderkend. Daarom komt het voor dat door auteurs in een zaak met (vermeend) wilsonafhankelijk materiaal toch de overgaan op feitelijke toetsing van de Jalloh-criteria. Ook wordt materiaal als wilsonafhankelijk bestempeld, zelfs als het EHRM zelf expliciet aangeeft dat het om wilsafhankelijk materiaal gaat en een schending constateert, waaruit bovendien kan worden afgeleid dat de Saunders-uitzondering niet van toepassing is.

In de discussie rond de gedwongen ontgrendelde smartphone worden naast documenten ook verklaringen als wilsonafhankelijk bestempeld en ligt de nadruk sterk op de wilsonafhankelijkheid

van de vingerafdruk en veel minder op het eigenlijke bewijs in de strafzaak, dat zich op de smartphone bevindt. Daarmee lijkt de discussie zich ver af te bewegen van het beland dat het EHRM in het toetsingskader hecht aan het gebruik van onder dwang verkregen bewijs. Met het citeren uit het Jalloh-arrest overtuigt de Hoge Raad nog allerm minst dat hij daarmee het toetsingskader in zijn volle omvang toepast in het Nederlandse strafrecht.

Aanvullende interpretaties die in de literatuur voorkomen betreffen het verwijzen naar de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court, het onderscheid tussen actieve medewerking en passief dulden en het verschil tussen de means-based en material-based benadering. In de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court kan ondersteuning gevonden worden voor de opvatting dat dwang bij onzekerheid over het bestaan van documenten ongeoorloofd is. Het onderscheid tussen actieve medewerking en passief dulden lijkt goed te passen in de systematiek van het EHRM, al is het wel een typisch Nederlandse interpretatie. Het Hof past deze tweedeling namelijk zelf niet toe.

Tot slot is de Saunders-uitzondering vooral een material-based benadering, waarin het soort materiaal, maar ook de fase van verkrijging van belang is. In de feitelijke toetsing domineert de means-based benadering. Het EHRM heeft bovendien benadrukt dat het gebruik van bewijs een belangrijke plek inneemt. Wat dat betreft zou gesteld kunnen worden dat het toetsingskader niet alleen material-based en means-based is, maar tevens 'use-based'.





## 4 Conclusies en aanbevelingen

### 4.1 Conclusies

Al sinds het EHRM in 1993 uitspraak deed in het Funke-arrest roept de Europese rechtspraak over het nemo-teneturbeginsel, zoals dat wordt gewaarborgd door artikel 6, lid 1 EVRM, in de Nederlandse rechtsliteratuur vragen op. Tot op de dag van vandaag worden verschillende invalshoeken en interpretaties gegeven. Daarom is het onderzoek van deze scriptie gericht op het vinden van verklaringen voor de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM. Het onderzoek is uitgevoerd door enerzijds het toetsingskader van het EHRM te beschrijven op basis van een analyse van de rechtspraak van het EHRM over dit rechtsbeginsel. Anderzijds zijn zowel de discussie in de Nederlandse literatuur van de afgelopen dertig jaar als de rechtsontwikkeling beschreven en zijn de overeenkomsten en verschillen tussen de invalshoeken en interpretaties en het toetsingskader van het EHRM geanalyseerd.

#### ***Deelvraag 1 – toetsingskader nemo-tenetur op basis van de jurisprudentie van het EHRM***

De jurisprudentie van het EHRM over het verbod op gedwongen zelfincriminatie blijkt goed in een overkoepelend toetsingskader samen te vatten, zie figuur 1 (pagina 23), waar het is weergegeven als beslisboom. Per casus beperkt het Hof zich tot de relevante aspecten uit het toetsingskader. Het Hof loopt als het ware de beslisboom af. In de zaken Jalloh tegen Duitsland uit 2006 en De Legé tegen Nederland uit oktober 2022 heeft het Hof de structuur en opbouw in zijn geheel duidelijk naar voren laten komen. Voorwaarden voor de inroepbaarheid van het nemo-teneturbeginsel zijn dat sprake is van feitelijke vervolging en dwang. Specifieke aandacht besteedt het Hof aan gevallen waarin de dwang een schending oplevert van het verbod op foltering (art. 3 EVRM).

Een uitzondering op de bescherming bestaat voor het onder dwang verkrijgen van drie soorten bewijs: lichaamsmateriaal ten behoeve van nader forensisch onderzoek, documenten die voorafgaand aan de feitelijke vervolging zijn verkregen door de vervolgende autoriteit (type 2-documenten) en specifieke reeds bestaande belastingdocumenten. Overig fysiek bewijsmateriaal dat wordt gevorderd op het moment dat al van feitelijke vervolging sprake is (type 1-documenten), alsmede verklaringen vallen niet onder de uitzondering. Wanneer de uitzondering niet geldt vindt de feitelijke toetsing plaats aan de hand van drie factoren: de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen bewijs in het strafproces.

#### ***Deelvraag 2 – ontwikkeling van de discussie in de Nederlandse rechtsliteratuur en de Nederlandse rechtspraak***

In de Nederlandse rechtsliteratuur worden de eerste tien jaar veel aspecten van het toetsingskader behandeld. Dit is nog voor het overzichtsarrest Jalloh en auteurs zijn nog zoekende. In de periode 2004-2017 ligt de nadruk in de literatuur sterk op de wils(on)afhankelijkheid van het onder dwang verkregen materiaal. Het belang van de fase waarin het materiaal onder dwang wordt verkregen, voorafgaand of tijdens de feitelijke vervolging, blijft onderbelicht. De afgelopen vijf jaar concentreert de literatuur zich op het gedwongen ontgrendelen van een smartphone met een vingerscan. De wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk krijgt hierbij veel aandacht. In de rechtsontwikkeling legt ook de Hoge Raad veel nadruk op de wils(on)afhankelijkheid. Pas recent verwijst hij naar het Jalloh-arrest.

### ***Deelvraag 3 – overeenkomsten en verschillen tussen invalshoeken en interpretaties en het toetsingskader van het EHRM***

In de eerste tien jaar komen veel aspecten uit de jurisprudentie van het EHRM terug in de rechtsliteratuur. Een belangrijk verschil met de rechtspraak van het EHRM is echter dat de afgelopen twintig jaar in Nederland de nadruk steeds meer is komen te liggen op de wils(on)afhankelijkheid, die gekoppeld is aan de Saunders-uitzondering, terwijl het EHRM dit aspect sinds het Jalloh-arrest plaatst in de bredere context van het toetsingskader. Bovendien wordt de wils(on)afhankelijkheid verondersteld van materiaal, waarvan het EHRM zelf zegt dat het wilsafhankelijk materiaal betreft, wat ook blijkt uit het feit dat het Hof in deze zaken tot feitelijke toetsing overgaat. Verder wordt in de recente discussie over de gedwongen ontgrendeling van de smartphone door auteurs zelfs gesteld dat verklaringen (op de smartphone) wilsonafhankelijk zijn. Ook ligt de nadruk op de wilsonafhankelijkheid van de vingerafdruk, terwijl het materiaal óp de smartphone uiteindelijk als bewijs kan dienen en de vingerafdruk slechts toegang geeft tót dat materiaal.

Verder zit er verschil in de lezing door auteurs van de Saunders-passage voor documenten. Zeeman wijst recent op deze onvolledige lezing, waarbij auteurs voor de uitzondering op de toepasbaarheid van het nemo-teneturbeginsel uitgaan van documenten, in plaats van documenten, die eerder (voorafgaand aan de feitelijke vervolging) door de autoriteiten zijn verkregen. De interpretatie van Zeeman sluit goed aan bij het toetsingskader.

### ***Centrale onderzoeksvraag – verklaringen voor de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM***

De verklaring van de in de Nederlandse rechtsliteratuur benoemde onduidelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM heeft mijns inziens drie oorzaken, die met elkaar samenhangen. De eerste is de sterke focus in Nederland op de wils(on)afhankelijkheid van onder dwang verkregen bewijsmateriaal. Het tweede punt betreft de onvolledige lezing van de Saunders-passage voor documenten. Het laatste punt is de onderwaardering van het belang van de fase waarin bewijsmateriaal door de vervolgende autoriteit is verkregen. De combinatie van deze punten heeft er in de Nederlandse rechtsliteratuur toe geleid dat er Europese zaken zijn waar volgens auteurs sprake is van wilsonafhankelijk materiaal terwijl het EHRM toch een schending constateert. Nog opmerkelijker is dat materiaal in de literatuur wilsonafhankelijk wordt verklaard, terwijl het EHRM dit expliciet anders ziet, en dat op (vermeend) wilsonafhankelijk materiaal door auteurs de Jalloh-criteria worden toegepast.

## **4.2 Aanbevelingen**

De eerste aanbeveling gaat over de definitie van een verklaring. Dit is voor de Nederlandse rechtsontwikkeling relevant omdat de Hoge Raad spreekt van “in een document vervatte verklaring”. Gaat het dan om documenten, of om verklaringen? Het verdient aanbeveling om dit goed af te bakenen. Voor de toepassing van het toetsingskader is dat van belang, omdat verklaringen niet onder de Saunders-uitzondering vallen, maar documenten in sommige gevallen wel.

Een tweede aanbeveling betreft de Jalloh-criteria. In het toetsingskader zijn dit eigenlijk geen criteria, maar aspecten waar in de toetsing rekening mee gehouden moet worden. Het EHRM heeft het zelf bij de aard en mate van dwang, de waarborgen in het proces en het gebruik van het verkregen bewijs in het strafproces over factoren waar in de feitelijke toetsing rekening mee moet worden gehouden. Daarmee ontbreekt scherpte in de feitelijke toetsing, omdat daadwerkelijke criteria bij deze factoren ontbreken. Hier ligt lijkt me een taak voor het EHRM.

## 5 Literatuurlijst

### **Bood 2018**

A. Bood, 'Geef ze een vinger ... Gedwongen ontgrendeling van een smartphone en het nemo tenetur-beginsel', *NJB* 2018/36, p. 2744-2748.

### **Bood 2019**

A. Bood, 'Naschrift', *NJB* 2019/6, p. 408-409.

### **Commissie-Koops 2018**

Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk (Commissie-Koops 2018), *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 29279, nr. 459.

### **Egberts & Ferdinandusse 2019**

M. Egberts & W. Ferdinandusse, 'Reactie op Alex Bood', *NJB* 2019/6, p. 404.

### **Feteris 2002**

M.W.C. Feteris, 'Bij controleonderzoek weigeren inlichtingen te verstrekken en bescheiden over te leggen: gevolgen voor belastingheffing en boete', annotatie bij HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, *BNB* 2002/27.

### **De Haas & Vissers 2014**

P. de Haas & A.B. Vissers, 'Nemo-teneturbeginsel; verklaar je nader!', *Tijdschrift Formeel Belastingrecht*, 2014/1, p. 77-113.

### **IJzermans 2015**

M.G. IJzermans, 'Lessen geleerd: onderwerp, object, doel en theoretisch kader van rechtswetenschappelijk onderzoek', *LaM* 2015, afl. 12, p. 1-23.

### **Knigge 1993**

G. Knigge, annotatie bij EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, (*Funke/Frankrijk*), *NJ* 1993/485.

### **Knigge 1997**

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

### **Koops 2000**

E.J. Koops, *Verdachte en ontsleutelplicht: hoe ver reikt nemo tenetur?*, in: *ITeR*, 31, Deventer: Kluwer 2000.

### **Koops 2012**

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

**Koops & Stevens 2003**

E.J. Koops & L. Stevens, 'J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur', *DD* 2003/33, p. 281-294.

**Lenos 1997**

E.E.V. Lenos, 'De sociale en fiscale inlichtingenplicht en het zwijgrecht sinds Saunders', *NJB* 1997/18, p. 795-800.

**Lenos 2002**

E.E.V. Lenos, 'De inlichtingenplicht van het EHRM met betrekking tot het zwijgrecht', annotatie bij EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*), *NJCM-Bulletin*, 2002/5, p. 606-615.

**Ligthart 2019**

S.L.T.J. Ligthart, 'Het recht tegen zelfincriminatie ex artikel 6 EVRM. Doorwerking van het nemo tenetur-beginsel in enkele gedachte-experimenten volgens de benadering van het EHRM en van de Hoge Raad', *DD* 2019/16, p. 216-234.

**Ligthart 2023**

S.L.T.J. Ligthart, 'Nemo tenetur: naar de ontwikkeling van een nationaal theoretisch beginsel?', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2023-2, p. 109-122.

**Nan 2019a**

J.S. Nan, 'Rechtspraak; nemo tenetur en de smartphone', *TBS&H* 2019/2, p. 115-117.

**Nan 2019b**

J.S. Nan, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *NJB* 2019/15, p. 1035-1047.

**Nan 2021**

J.S. Nan, 'Een probleem rondom het nemo teneturbeginsel?', *Boom Strafblad* 2021/4, p. 116-128.

**Reijntjes 2021**

J.M. Reijntjes, annotatie bij HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *NJ* 2021/120, p. 2145-2166.

**Schalken 1997**

T.M. Schalken, annotatie bij HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, *NJ* 1997/232.

**Schalken & Rozemond 1997**

T.M. Schalken & N. Rozemond, 'Straatsburgse duidelijkheid over nemo tenetur', *NJB* 1997/18, p. 808-809.

**Stevens 2007a**

L. Stevens, 'De reikwijdte van het nemo teneurbeginsel buiten de verklaringsvrijheid', *NJCM-Bulletin* 2007/5, p. 625-634.

**Stevens 2007b**

L. Stevens, 'Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het Jalloh-arrest', *DD* 2007/54, p. 682-697.

**Stevens 2019**

L. Stevens, 'Gedwongen biometrische toegangsverschaffing is niet in strijd met nemo tenetur', *NJB* 2019/6, p. 400-403.

**Van Toor 2013a**

D.A.G. van Toor, 'Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel', *NJB* 2013/385.

**Van Toor 2013b**

D.A.G. van Toor, 'Over het nemo-teneturbeginsel en het decryptiebevel: is een meewerkverplichting bij het ontsleutelen van bestanden gerechtvaardigd?', *Strafblad* 2013/4, p. 317-323.

**Van Toor 2016**

D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel, Rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016/1, p. 28-43.

**Van Toor 2017a**

D.A.G. Van Toor, 'De vergrendelde smartphone als object van strafvorderlijk onderzoek', *Computerrecht* 2017/2, p. 3-11.

**Van Toor 2017b**

D.A.G. Van Toor, *Het schuldige geheugen? Een onderzoek naar het gebruik van hersenonderzoek als opsporingsmethode in het licht van eisen van instrumentaliteit en rechtsbescherming* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Van Toor 2019a**

D.A.G. van Toor, 'Het gedwongen ontgrendelen van een smartphone in het licht van het nemo-teneturbeginsel. Reactie op Boods "Geef ze een vinger ..."', *NJB* 2019/6, p. 405-407.

**Van Toor 2019b**

D.A.G. van Toor, annotatie bij Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568, *Computerrecht* 2019/94, p. 205-210.

**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', *TBS&H* 2021/2, p. 89-100.

**Van Toor & Beekhuis 2021**

D.A.G. Van Toor & T. Beekhuis, annotatie bij HR 9 februari 2021 ECLI:NL:HR:2021:202, *Computerrecht* 2021/63, p. 184-191.

**Valkenburg 2006**

W.E.C.A. Valkenburg, 'Nemo tenetur-beginsel na 'criminal charge' in samenhangende zaken', *NJCM-Bulletin* 2006/3, p. 339-349.

**Zeeman 2019**

A. Zeeman, *Dulden of meewerken? Een onderzoek naar de toepassing van het nemo tenetur-beginsel bij de sfeerovergang van controle naar opsporing* (diss. Rotterdam), Oud-Turnhout: Gompel & Svacina 2019.

**Zeeman & Feenstra 2014**

A. Zeeman & A.A. Feenstra, 'Spreken is zilver, zwijgen is goud: een inlichtingenverplichting zonder waarborg fout? De reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel en de (voorgenomen) faillissementswetgeving', *TBS&H* 2014/1(2), p. 47-58.

**Zwemmer 2015**

J.W. Zwemmer, annotatie bij HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265 (*KB-Lux*), p. 3094-3156.

## 6 Jurisprudentielijst

- EHRM 25 februari 1993, ECLI:CE:ECHR:1993:0225JUD001082884, *NJ* 1993/485 (*Funke/Frankrijk*).
- EHRM 8 februari 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:0208JUD001873191 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 17 december 1996, ECLI:CE:ECHR:1996:1217JUD001918791 (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 20 oktober 1997, ECLI:CE:ECHR:1997:1020JUD002022592 (*Serves/Frankrijk*).
- EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003472097 (*Heaney en McGuinness/Ierland*).
- EHRM 21 december 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1221JUD003688797 (*Quinn/Ierland*).
- EHRM 3 mei 2001, ECLI:CE:ECHR:2001:0503JUD003182796 (*J.B./Zwitserland*).
- EHRM 5 november 2002, ECLI:CE:ECHR:2002:1105JUD004853999 (*Allan/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 8 april 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0408JUD003854497 (*Weh/Oostenrijk*).
- EHRM 4 oktober 2005, ECLI:CE:ECHR:2005:1004JUD000656303 (*Shannon/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 11 juli 2006, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000 (*Jalloh/Duitsland*).
- EHRM 29 juni 2007, ECLI:CE:ECHR:2007:0629JUD001580902 (*O'Halloran en Francis/Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 10 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802 (*Bykov/Rusland*).
- EHRM 21 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0421JUD001923503 (*Marttinen/Finland*).
- EHRM 1 juni 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0601JUD002297805 (*Gäfgen/Duitsland*).
- EHRM 5 april 2012, ECLI:CE:ECHR:2012:0405JUD001166304 (*Chambaz/Zwitserland*).
- EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414 (*Van Weerelt/Nederland*).
- EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*).
- EHRM 26 januari 2021, ECLI:CE:ECHR:2021:0126JUD007331317 (*Zličić/Servië*).
- EHRM 4 oktober 2022, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (*De Legé/Nederland*).
- 
- HR 29 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0562, *NJ* 1997/232, m.nt. T.M. Schalken.
- HR 21 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0834, *NJ* 1998/173.
- HR 27 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2314, *BNB* 2002/27, m.nt. M.W.C. Feteris.
- 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 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer (*X/De Staat*).
- HR 24 april 2015 ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer (*KB-Lux*).
- HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:202, *NJ* 2021/120, m.nt. J.M. Reijntjes.
- 
- Rb. Noord-Holland 28 februari 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:1568.