

ANNOTATIE

De Legé t. Nederland (EHRM, 58342/15) – Het nemo tenetur-beginsel en wils(on)afhankelijk materiaal in non- hard core punitieve procedures

P. Ölçer

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, ,
ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215 (EHRC-2022-0248)*

1. De uitspraak van het EHRM in *De Legé t. Nederland* ziet op veelbesproken rechten (ook in de Straatsburgse rechtspraak), te weten het *nemo tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht), zoals beschermd onder art. 6 EVRM. Klachten over deze rechten komen in verschillende constellaties voor.[1] In *De Legé* gaat het *grosso modo* om dezelfde constructie die aan de orde was in de (niet-)ontvankelijkheidsbeslissing van het Hof in *Van Weerelt t. Nederland*. [2] Kort gezegd gaat het er in deze constructie om dat de fiscus, om informatie te verkrijgen, naast door toepassing van de eigen vorderingsbevoegdheden, de weg bewandelt van de civiele rechter, om verstrekking van informatie via een dwangsom af te dwingen. In beide zaken ging het om informatie met betrekking tot door beide klagers bij buitenlandse banken gehouden vermogen.

2. Uitspraken over het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht zijn in het algemeen steeds de moeite waard om te bespreken (het blijft complexe materie, ook de omgang daarmee door het Hof). In deze noot worden enkel twee belangwekkende aspecten van de *De Legé*-uitspraak belicht. Alvorens tot bespreking daarvan over te gaan is het echter ook goed om te benoemen dat het Hof in *De Legé* de van toepassing zijnde regels niet alleen in een ordentelijk toetsingskader heeft neergelegd,[3] maar ook heeft geïndiceerd dat de daarin vervatte vragen in een bepaalde volgorde dienen (en kunnen) worden behandeld. Dat blijkt uit het gegeven

dat het Hof zelf niet verder toetst in dat kader dan waar het op een negatieve beantwoording van een van de vragen uitkomt.

3. Wat de in deze noot uit te lichten twee specifieke aspecten van de uitspraak betreft, gaat het in de eerste plaats om de vaststelling van het Hof dat het *nemo tenetur*-beginsel in het geheel niet van toepassing is in deze zaak, omdat de onder dwang (via een dwangsom) verkregen informatie niet wilsafhankelijk, maar wilsonafhankelijk is. Dat is vooral een opvallend aspect wanneer de feiten in deze casus worden vergeleken met de (niet-)ontvankelijkheidsbeslissing in *Van Weerelt*.

4. Het Hof achtte de klacht in die laatste zaak niet-ontvankelijk, maar om een andere reden dan dat het niet om wilsafhankelijk materiaal zou gaan daarin. Het Hof bepaalde in die beslissing namelijk als volgt. In die zaak had de Hoge Raad de dwangsom gesanctioneerd, maar daarbij ook expliciet de beperking aangebracht dat voor zover de door Van Weerelt te verstrekken informatie zou zien op wilsafhankelijk materiaal, die informatie enkel gebruikt kon worden ten behoeve van de vaststelling van zijn belastingplicht, en aldus niet in het kader van de oplegging van een punitieve boete of in dat van een strafvervolgning. Daarmee gaf de Hoge Raad gevolg aan de rechtspraak van het EHRM. Het Hof kwam in *Van Weerelt* tot het oordeel dat de belastingdienst informatie ‘that could not be obtained from any other source than the applicant himself’ op deze wijze kon afdwingen, met het doel van vaststelling van de belastingplicht en het innen van verschuldigde belastingen. Daarbij keurde het Hof goed dat de Hoge Raad ‘acted pre-emptively to prevent the misuse of this information for the purpose of determining a “criminal charge” against the applicant’. Omdat in deze zaak nog geen sprake was van strafvervolgning (door middel van een punitieve boete of door strafvervolgning), zag het Hof geen aanleiding om op dat moment vast te stellen dat ‘the requirements of Article 6 will not be met in any future proceedings to which that provision may apply’. Wat betreft de ‘alternatieve klacht’ in die zaak dat er geen wettelijke bescherming bestaat in Nederland tegen de uitwisseling van (in andere procedures onder medewerkingsplichten) verkregen informatie aan ‘punitieve’ autoriteiten, stelde het Hof vast dat de Hoge Raad die leemte heeft opgemerkt en, met directe toepassing van art. 6 EVRM, een ‘ruling’ heeft ontworpen ‘to take the place of a statutory safeguard’.[4] Daarmee was de overdracht van informatie effectief geblokkeerd.

5. Nogmaals, bepaaldelijk heeft het Hof in *Van Weerelt* niet vastgesteld dat de gevorderde informatie *niet wilsafhankelijk* was. Dat maakt het interessant om de feiten in de twee casussen te vergelijken, in het licht van de criteria die het Hof gebruikt om onderscheid te maken tussen wilsafhankelijke informatie en wilsonafhankelijke informatie. Die criteria zijn de volgende: waar het om schriftelijke stukken gaat vallen deze niet onder de bescherming van het *nemo tenetur*-beginsel wanneer de autoriteiten kunnen aantonen dat de dwang gericht is op de verkrijging van ‘specific pre-existing documents - thus, documents that have *not* been

created as a result of the very compulsion for the purpose of the criminal proceedings,' terwijl die stukken relevant zijn voor het aan de orde zijnde onderzoek en de autoriteiten 'aware' zijn van het bestaan ervan. Onderscheid dient in dat verband te worden gemaakt tussen dergelijke situaties en die waarin autoriteiten een individu proberen bewijs te laten verstrekken over door hem beweerdelijk begane delicten (of beboetbare feiten), door hem te dwingen stukken te verstrekken 'which they believe must exist, although they are not certain of it'. Die laatste situatie ziet het Hof als 'fishing expeditions'.^[5]

6. De autoriteiten dienen aldus te kunnen aantonen dat zij (i) specifiek geduide stukken vorderen; (ii) die reeds bestaan; (iii) aldus niet door dwang zijn gecreëerd, terwijl zij (iv) weten dat die stukken bestaan. De feiten in *Van Weerelt* en *De Legé* vergelijkend vanuit deze criteria, zijn interessante feitelijke verschillen te zien in de informatiepositie van de autoriteiten op de momenten waarop dwang is ingezet in de twee gevallen. In de zaak van *Van Weerelt* hadden Duitse fiscale autoriteiten informatie verkregen met betrekking tot door niet-ingezetenen van Liechtenstein bij Liechtensteinse banken gehouden vermogen, waaronder ook door Nederlandse ingezetenen. Op basis van Art. 4 van de Richtlijn van de Europese Raad betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van de directe belastingen,^[6] was een dossier bevattende 'bijzonderheden' aangaande de Nederlandse ingezetenen verstrekt aan de Nederlandse Belastingdienst, met toestemming om die informatie in het kader van een strafvervolging te gebruiken. Op het moment dat bij de klager in die zaak een informatievordering werd gedaan was bekend dat een Liechtensteinse stichting (C.) in 1986 was opgezet om een in Zwitserland gehouden bankrekening te beheren. Die stichting werd beheerd door een trustee in Liechtenstein. Blijkens de statuten van de stichting was klager de 'first beneficiary of all assets and revenues, as well as of any possible liquidation proceeds ... during his lifetime and without any restriction.' De stichting werd in 2000 opgeheven.^[7] In zijn reactie, via zijn raadsman, op het verzoek om informatie van de fiscus, ontkende klager niet dat hij betrokken was bij de stichting, maar stelde daarbij dat hij daarover enkel 'the sketchiest recollection' had en bovendien niet beschikte over pertinente documenten. Hij verzocht de fiscus ook om nadere informatie. Uiteindelijk stuurde de fiscus informatie, waarin aan klager de bovengenoemde informatie bekend werd gemaakt, alsmede de nadere informatie dat bekend was dat hij competenties had over de stichting en dat de Nederlandse fiscale autoriteiten wetenschap hadden van 'dozens of similar cases, the pattern in all cases being the same: although ostensibly ownership of assets was vested in the Liechtenstein foundation, the existence and content of the relevant bye-laws, letter of authority and appointment of the economic beneficiary demonstrated that in real terms ownership of the assets lay with whoever had set up the foundation'. De fiscus stelde zich op het standpunt dat een vergelijkbare constructie aan de orde moet zijn geweest bij de C. stichting en vorderde alle bij de stichting behorende documenten en rekeningen.^[8]

7. In het geval van *De Legé* ontving de belastingdienst, eveneens op basis van dezelfde Richtlijn alsmede een bilateraal fiscaal verdrag met België, informatie van de Belgische fiscale autoriteiten over bankrekeningen die door Nederlandse ingezetenen zouden worden gehouden bij de bank X. in Luxemburg. Die informatie zag ook op de balans van die rekeningen op verschillende data tussen 1994-1996. De informatie was gestolen van de bank en werd aangetroffen in het kader van een strafvorderlijk onderzoek in België. Klager werd geïdentificeerd als een van de rekeninghouders op basis van de verstrekte informatie.[9] Op een gegeven moment kreeg de raadsman van klager inzage in geredigeerde stukken die de fiscus in handen had. Klager betwistte de bewijswaarde daarvan, omdat de 'provenance' van die stukken onduidelijk was en omdat ze zozeer geredigeerd waren dat ze 'meaningless' waren.[10] Tijdens de nationale rechtsgang droeg de fiscus ook de volgende informatie aan. In de eerste plaats zou er een *renseignement* zijn die betrekking had op een buitenlandse bankrekening. In de tweede plaats had 'experience' ook hier aangetoond 'that the identification of the holders of such accounts had in almost all cases been correct.' In de derde plaats was klager geïdentificeerd als rekeninghouder, terwijl klager de vragen omtrent de bankrekeningen niet had beantwoord dan wel niet in negatieve zin had beantwoord.[11]

8. In *De Legé* komt het Hof wel tot duiding van de aard van het materiaal. Dat is ook het punt in het toetsingskader waar het blijft hangen en zonder verder te toetsen vaststelt dat het *nemo tenetur*-beginsel niet van toepassing is. Het Hof heeft geen twijfel dat het in dit geval gaat om 'pre-existing documents' en overweegt voorts dat de autoriteiten van het bestaan daarvan op de hoogte waren, omdat reeds was vastgesteld dat klager een bankrekening hield in Luxemburg in de relevante periode. Daarom was hier geen sprake van een 'fishing-expedition'. De gevraagde stukken waren voorts specifiek aangegeven (het verzoek was aldus niet te breed opgesteld). De opgelegde dwangsom was ook niet van dien aard dat daardoor sprake zou zijn van behandeling in strijd met art. 3 EVRM (hetgeen bij de beantwoording van deze vraag van belang is, omdat met art. 3 EVRM strijdige behandeling juist met zich mee kan brengen dat dwang bij de verkrijging van wilsonafhankelijk materiaal (toch) in strijd kan zijn met het *nemo tenetur*-beginsel).[12]

9. Opvallend is dat het erop lijkt - in ieder geval op basis van de in de beslissing en uitspraak beschikbare informatie - dat de autoriteiten in het geval van *Van Weerelt* aantoonbaar een sterkere (in ieder geval meer gedetailleerde) informatiepositie hadden over een door deze klager in het buitenland gehouden bankrekening. In *De Legé* speelt voorts dat de informatie gestolen was van de bank, een gegeven waar het Hof niets mee doet, maar toch vragen zou kunnen oproepen over de inhoudelijke betrouwbaarheid daarvan. Wat de inhoud van die informatie betreft, uit de uitspraak wordt niet duidelijk hoe die precies kon leiden (met zekerheid) tot de identificatie van klager als rekeninghouder. Van belang lijkt ook te zijn in dit

verband dat de stukken waarmee de autoriteiten in ieder geval aan De Legé hebben ‘aangetoond’ dat zij al wisten dat er een rekening bestond (en aldus ook dat daarbij behorende stukken zouden bestaan), niet zeer concreet waren (al dan niet alleen omdat zij geredigeerd waren). Hij kon er in ieder geval niet veel van maken.

10. De beslissing in *Van Weerelt* en de uitspraak in *De Legé* tonen dat zorgvuldigheid gepast is bij de scheiding van ‘wilsafhankelijke’ en ‘wilsonafhankelijke’ informatie waar het gaat om de (ook wel geschakeerde) grijze categorie van stukken. Voorts is een koppeling te maken tussen dit aspect van de *De Legé*-uitspraak en het tweede aspect dat in deze noot wordt belicht. Dat tweede punt ziet op het beoordelingskader dat het Hof in deze uitspraak heeft neergelegd. In het bijzonder gaat het daarbij om de eerste twee principes (met betrekking tot eerlijkheid in de zin van art. 6 EVRM), waarmee het Hof dit kader heeft ingeleid. In de eerste plaats gaat het daarbij om het principe dat ‘(t)he right to a fair trial under Article 6 § 1 is an unqualified right’, maar dat ‘what constitutes a fair trial cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case’, zodat ‘(t)he Court’s primary concern under Article 6 § 1 is om ‘the overall fairness of the criminal proceedings’ te beoordelen. Daarom dient ‘(c)ompliance with the requirements of a fair trial’ te worden onderzocht ‘in each case having regard to the development of the proceedings as a whole and not on the basis of an isolated consideration of one particular aspect or one particular incident, although it cannot be excluded that a specific factor may be so decisive as to enable the fairness of the trial to be assessed at an earlier stage in the proceedings’.[13]

11. Dat is een welbekende formule. Dat het Hof het noemt sluit aan bij de sterke tendens in de Straatsburgse rechtspraak de beoordeling van de beperking van (en omgang met) verschillende eerlijk procesrechten steeds meer vanuit het perspectief van deze algehele eerlijkheidstoets te verrichten. Dat wil zeggen, naast de specifieke criteria die van toepassing zijn bij de verschillende deelrechten, wordt de algehele eerlijkheid ook nog als sluitstuk ingezet, als een laatste correctiemechanisme, via hetwelk een bij toetsing aan de criteria geïndiceerde uitkomst toch anders kan uitpakken in het concrete geval. Dat kan in het voordeel zijn van een klager, maar ook in zijn nadeel. In het laatste geval (dat vaak voorkomt), komt dat neer op nuancering van bescherming door vervaging van lijnen die gegeven zijn met deelrecht specifieke criteria, *blurry lines* aldus in plaats van harde. Over die tendens is rechter Pinto de Albuquerque terecht kritisch in zijn *dissenting opinion* bij ’s Hof uitspraak in *Murtazaliyeva t. Rusland*. Daarin wijst hij op ‘the corrosive expansion of the overall fairness test to the assessment of alleged violations of the right to examine defence witnesses’. Die test is volgens hem ‘nothing more than a blank cheque for the domestic courts to do whatever they want with Article 6 § 3 rights and for the Court to confirm the outcome of the proceedings.’ Nadat het recht op ondervraging van belastende getuigen en het recht op rechtsbijstand is

verzwakt in de rechtspraak door koppeling van de algehele eerlijkheidstoets daaraan, sluit de *Murtazaliyeva*-uitspraak (die ziet op het recht op ontlastende getuigen) volgens hem ‘the circle, by revisiting the *Perna* test [met betrekking tot ontlastende getuigen: FPÖ] on the basis of the overall fairness test’. Daarmee ontstaat ook een ‘unfortunate triangle’ met betrekking tot deze rechten, hetgeen voor rechter Pinto de Albuquerque met zich meebrengt dat ‘the Court erroneously pursues the double path of persistently watering down defence rights and “deferential[ly]” abandoning its supervisory powers to the domestic courts. The silent assault on the rights of the defence in criminal procedure has been incontrovertibly stepped up, to such an extent that one wonders where it will stop’.[14]

12. Uit *De Legé* blijkt in ieder geval niet dat die ‘silent assault’ stopt bij het *nemo tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht). De kritiek van rechter Pinto de Albuquerque is zeker ook van een grote betekenis bij de koppeling van de algehele eerlijkheidstoets aan deze fundamentele rechten.

13. Maar dan is er ook nog par. 62 van de *De Legé*-uitspraak, waarin het Hof de ‘*Jussila*-exceptie’ als tweede inleidende algemene principe neerlegt. Dat principe, ook vaker gebruikt in de rechtspraak met betrekking tot art. 6 EVRM, wordt (zoals gebruikelijk) als volgt weergegeven in *De Legé*: ‘(t)he Court has found that cases concerning tax surcharges - or tax fines - differ from the hard core of criminal law for the purposes of the Convention, and that, consequently, the guarantees of Article 6 under its criminal head will not necessarily apply with their full stringency’.[15] De *Jussila*-exceptie komt op het volgende neer. Het Hof heeft als bekend de reikwijdte van de notie van een strafvervolging in de eigen rechtspraak sterk uitgebreid, door daaronder ook *sui generis* procedures te begrijpen, voor zover die volgens de criteria van het Hof als punitief kunnen worden aangemerkt. Daaronder valt ook de bestuurlijke boeteprocEDURE, zoals die eveneens in *De Legé* aan de orde is. In de *Jussila*-uitspraak heeft het Hof de ingrijpende impact van die rechtspraak ingeperkt, door te bepalen dat ook indien art. 6 EVRM, onder het strafrechtelijk hoofd daarvan, van toepassing is bij zo een procedure, dat dit niet met zich meebrengt dat alle deelrechten op eerlijkheid ook met dezelfde striktheid dienen te worden verwezenlijkt als die geldt in ‘hard core’ strafvervolgingen. *De Legé* is een *non-hard core* zaak, waardoor wellicht niet meteen opvallend is dat het Hof de *Jussila*-exceptie noemt. De toevoeging is echter wel opmerkelijk. In de ‘*Jussila*-rechtspraak’ gaat het vooral (evenals in *Jussila* zelf), om een ander deelrecht op eerlijkheid, te weten het recht op een zitting, daarbij aanwezig te zijn en mondeling argumenten te voeren. De exceptie is ook wel toegepast bij andere deelrechten, bij het *nemo tenetur*-beginsel en het zwijgrecht, tot aan *De Legé*, niet.

14. Het Hof is in deze zaak als gezegd gestopt met toetsing toen het kwam tot de analyse dat het hier niet ging om wilsafhankelijk materiaal. De vraag is dan welke invloed de toevoeging

van de *Jussila*-exceptie zou hebben gehad op de beoordeling, in het geval het Hof was uitgegaan van wilsafhankelijke informatie. Mogelijk zou dat met zich mee hebben gebracht dat, ondanks dat daarvan sprake was, omdat deze zaak een non *hard core* strafvervolgning betreft, ook het *nemo tenetur*-beginsel op dit punt nader vatbaar is voor '*Jussila*-nuancering'. Dat zou betekenen dat dit beginsel (maar ook zwijgrecht?) minder strikte gelding hebben in *non-hard core* strafvervolgingen. Die gedachte volgend, kan de vraag worden opgeworpen of dit ook zou betekenen dat de omgang met het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal in *hard core* strafvervolgingen juist zorgvuldiger dient te zijn. Dat zou weer met zich mee kunnen brengen dat de toets die het Hof op dit punt heeft uitgevoerd in *De Legé*, onder werking van de *Jussila*-exceptie, enigszins verwaterd is uitgevoerd. Zo ja, is dat betekenisvol in de context van *sui generis* procedures, omdat informatievorderingen daarmee worden gefaciliteerd. Tegelijkertijd geldt dan ook dat dergelijke analyses strikter dienen te worden uitgevoerd in *hard core* strafvervolgingen. Dit alles zou overigens nadere complexiteit opleveren in reeds moeilijke materie, ook waar het gaat om situaties waarin nog niet duidelijk is via welke weg (bestuurlijke beboeting, *hard core* strafvervolgning of anderszins) tot afdoening zal worden overgegaan. Het Hof maakt de omgang met art. 6 EVRM-rechten, waaronder ook het *nemo-tenetur*-beginsel (en het zwijgrecht), in ieder geval niet gemakkelijker voor de nationale rechter.

F.P. Ölçer

[1] Zie voor een overzicht daarvan, *De Legé t. Nederland*, EHRM 4 oktober 2022, nr. 58342/15, ECLI:CE:ECHR:2022:1004JUD005834215, pars. 64-65.

[2] Ontvankelijkheidsbeslissing *Van Weerelt t. Nederland*, EHRM 16 juni 2015, nr. 784/14, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414.

[3] Zie voor dat kader, *De Legé t. Nederland*, pars. 60-78.

[4] *Van Weerelt t. Nederland*, pars. 60-62.

[5] *De Legé*, par. 76.

[6] Richtlijn van de Raad van 19 december 1977 betreffende de wederzijdse bijstand van de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten op het gebied van de directe belastingen (77/799/EEG).

[7] *Van Weerelt*, pars. 3-6.

[8] *Ibid*, par. 17.

[9] *De Legé*, pars. 5-6.

[10] *Ibid*, pars. 15-16.

[11] *Ibid*, par. 21.

[12] Zie in dat verband *Jalloh t. Duitsland*, EHRM (GK) 11 juli 2006, nr. 54810/00, ECLI:CE:ECHR:2006:0711JUD005481000.

[13] *De Legé*, pars. 60-61.

[14] *Dissenting opinion* rechter Pinto de Albuquerque bij *Murtazaliyeva t. Rusland*, EHRM (GK) 18 december 2018, nr. 36658/05, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD003665805.

[15] *De Legé*, par. 62. Zie *Jussila t. Finland*, EHRM (GK) 23 november 2006, nr. 73053/01, ECLI:CE:ECHR:2006:1123JUD007305301.