

Onbegrensd strafrecht

Liber amicorum HANS DE DOELDER

Onbegrensd strafrecht

Liber amicorum Hans de Doelder

Onder redactie van:

Edwin Bleichrodt

Arthur Hartmann

Paul Mevis

Lodewijk Rogier

Barbara Salverda



Onbegrensd strafrecht

Liber amicorum Hans de Doelder

Onder redactie van Edwin Bleichrodt, Arthur Hartmann, Paul Mevis,
Lodewijk Rogier en Barbara Salverda

ISBN: 978-94-6240-064-1

Uitgever:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 313

5060 AH Oisterwijk

E-Mail: info@wolfpublishers.nl

www.wolfpublishers.com

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur(s) en de uitgever. Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© De auteurs 2013

Inhoudsopgave

Het bestuur dankt Hans de Doelder	1
<i>Suzan Stoter en Fabian Amtenbrink</i>	

STRAFRECHT OVER DE GRENS

Het nieuwe strafrechtelijk sanctiestelsel van Curaçao	13
<i>Edwin Bleichrodt</i>	

Strafrechtelijke handhaving van meisjesbesnijdenis in rechtsvergelijkend perspectief	23
<i>Renée Kool</i>	

Rechtshulp in het Koninkrijk	37
<i>Ad Machielse</i>	

Jeugdigen en vrijheidsbeneming in de West	53
<i>Annemarie Marchena-Slot</i>	

De tbs-regelingen van Nederland en de Antillen: zoek de verschillen	67
<i>Hjalmar van Marle en Michiel van der Wolf</i>	

The Death Penalty's Survival and Application for the Crime of Fraudulent Fundraising in China	81
<i>Wei Pei en Qianyun Wang</i>	

International cooperation against organized crime: lessons learned from combating maritime piracy in Somalia	93
<i>Ernesto Savona</i>	

Levenslang in de Cariben	109
<i>Rick Smid en Gerben Smid</i>	

De wettelijke sanctionering van recidive binnen het Koninkrijk	121
<i>Sanne Struijk</i>	

Corporate criminal liability: Proposals for future EU legislation <i>Klaus Tiedemann</i>	133
--	-----

Union Law and harmonisation of national economic and financial criminal law <i>John Vervaele</i>	143
--	-----

VOORARREST

Van <i>Brogan</i> naar <i>Salduz</i>: alsnog een praktische en principiële regeling van de inverzekeringstelling? <i>Jolande uit Beijerse</i>	159
---	-----

Een nieuwe regeling van het voorarrest <i>Jan Reijntjes</i>	171
---	-----

TUCHTRECHT

Tuchtrecht en het nemo tenetur-beginsel. Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht <i>Tineke Cleiren en Jan Watse Fokkens</i>	191
---	-----

Advocatuurlijk tuchtrecht <i>Jan Lintz en Paul Verloop</i>	205
--	-----

HANDHAVING BINNEN EN BUITEN HET STRAFRECHT

(Hoog)geleerde les: tijd voor financiële strafrechtpreventie 2.0? <i>Rutger de Doelder</i>	219
--	-----

Toedeling van handhaving <i>Peter van Russen Groen en Melis van der Wulp</i>	225
--	-----

Oratio pro domo. Revival van het abolitionisme? <i>Cees Schaap</i>	241
--	-----

OPENBAAR MINISTERIE

Een herstelgericht openbaar ministerie <i>John Blad</i>	257
De ontwikkeling van het gedoogbeleid, coffeeshop Checkpoint en het recht om te vervolgen <i>Tom Blom</i>	271
De ‘gruwel’ van De Doelder. Enkele overpeinzingen over de positie van het Openbaar Ministerie ten opzichte van zijn minister <i>Henk van de Bunt en Joep Beckers</i>	285
Nodig of overbodig? Een verkenning van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie (artikel 509hh Sv) <i>Beatrijs Jue-Volker en Eelco Moerman</i>	309
Een strategische terugtocht van het Openbaar Ministerie. Een opstel over de positie van het Openbaar Ministerie en andere partijen in het strafproces <i>Ton de Lange</i>	321
De ministeriële aanwijzingsbevoegdheid jegens de Nationale Politie en het OM nader beschouwd in het kader van de strafrechtelijke rechtshandhaving <i>Miranda de Meijer</i>	335
Het OM als bestuursorgaan <i>Lodewijk Rogier</i>	349
Het opportuniteitsbeginsel en bijzondere opsporing: de opportuniteitsvraag vervroegd? <i>Barbara Salverda, Joost Verbaan en Ronald Verbeek</i>	361
Het opportuniteitsbeginsel revisited <i>Floriaan Went</i>	371

Tuchtrecht en het nemo tenetur-beginsel.

Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht

Tineke Cleiren en Jan Watse Fokkens***

1. Inleiding

1.1 Tuchtrecht

Tuchtrecht omvat een breed terrein en kan volgens de meest gangbare opvattingen worden gekarakteriseerd als een vorm van groepsrecht, dat wil zeggen dat het tuchtrecht zich richt op een bijzondere groep in de maatschappij en geen algemene werking heeft. Kijken we verder, dan blijkt de waarde van die karakterisering maar zeer betrekkelijk te zijn. De categorieën van mensen die zich aan tuchtrecht onderwerpen of daaraan onderworpen zijn, zijn niet vergelijkbaar. De groepsleden van het door de overheid bij wetgeving geregeld tuchtrecht voor de beoefenaren van de zogenaamde vertrouwensberoepen (arts, advocaat, notaris), het militaire tuchtrecht, het tuchtrecht bij Publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties en verenigings-tuchtrecht zoals het voetbaltuchtrecht verschillen in binding, status, kwaliteit en vrijwilligheid van het groepslidmaatschap. Tuchtrecht kenmerkt zich dan ook nog steeds door zijn vele verschijningsvormen, ook al is men het er in het algemeen over eens dat het tuchtrecht primair ten doel heeft de kwaliteit van het beroep waarop het betrekking heeft te bevorderen en te waarborgen en ongewenste gedragingen in het kader van de beroepsuitoefening te voorkomen.

Het ontstaan en bestaan van de zeer diverse verschijningsvormen van tuchtrecht hangt nauw samen met maatschappelijke opvattingen over de rol van het civiele recht, het strafrecht en het bestuursrecht, over de mogelijkheden en beperkingen van overheidsrechtspraak, over de waarde die men toekent aan het algemeen belang, over zelfbescherming en zelfregulering van groepen, over groepssolidariteit, beroepsethiek, etc. Er zijn in de loop der jaren dan ook niet zonder reden diverse publicaties over tuchtrecht verschenen die elk voor zich een eigen perspectief hebben: tuchtrecht voor advocaten, medici, notarissen, militairen, journalisten, voetballers etc. Dat neemt niet weg dat er naast de op specifieke verschijningsvormen van tuchtrecht toegespitste publicaties ook enkele meer generalistische beschou-

* Hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

** Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden en emeritus hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

wingen zijn verschenen. Het discipline overstijgende karakter van tuchtrecht weerspiegelt zich met name in publicaties door organisaties en verenigingen die het belang van een generalistische benadering van het recht een warm hart toedragen: de Nederlandse Juristenvereniging (1936 en 1971), de boekenreeks *NJB* (1975) en de Nederlandse vereniging voor procesrecht (2009).¹ De Doelder heeft het – naast enkele auteurs die hem in de loop van de geschiedenis voorgingen² – aangedurfd om zijn dissertatieonderzoek te richten op het brede terrein en de beginselen van tuchtrecht.³ Daarbij heeft hij zich, uitgaand van de gedachte dat tuchtrecht een vorm van sanctierecht is, vooral gericht op de verhouding tussen tuchtrecht en strafrecht en de betekenis van strafrechtelijke en strafprocesrechtelijke leerstukken voor het tuchtrecht. Inmiddels is er op het gebied van het tuchtrecht en het straf(proces)recht veel veranderd, reden om kort stil te staan bij de vraag wat die veranderingen betekenen voor bepaalde conclusies waar De Doelder toe kwam.

1.2 De benadering van De Doelder

De Doelder kiest in zijn dissertatie niet slechts voor de gebaande paden. Nadat hij diverse opvattingen over tuchtrecht heeft besproken stelt hij vast: ‘Voorlopig lijkt het hier voldoende te wijzen op het feit, dat over de betekenis van het woord “tuchtrecht” opvattingen bestaan, die niet eenduidig zijn en te constateren, dat aan het begrip “tuchtrecht” uiteenlopende voorstellingen zijn verbonden.”⁴ Zelf geeft hij aan de hand van het criterium van de ‘mate van vrijwillige aanwezigheid in de groep’ het tuchtrecht een plaats op een schaal tussen het strafrecht en het verbintenissenrecht. De tuchtrechtvorm met de grootste vrijwilligheid ligt dicht aan tegen het verbintenissenrecht, die met de minste vrijwilligheid – het wettelijk geregeld tuchtrecht – tegen het strafrecht. Hoe dichter de tuchtrechtvorm aanligt tegen het strafrecht – zo stelt hij – hoe zwaarder strafrechtelijke kenmerken en beginselen zullen wegen. Zijn onderzoek richt zich vervolgens met name op de gevolgen van dit uitgangspunt voor een aantal strafrechtelijke beginselen zoals het nulla poena-

¹ Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 's Gravenhage 1936, Preadviezen van Mr. B.T.A. Röling en van Mr. H.A.J. Gijsen over de vraag: *Is het wenschelijk, dat verband wordt gelegd tusschen de verschillende maatregelen naar aanleiding van eenzelfde feit, te nemen door den strafrechter en andere bij of krachtens de wet ingestelde organen? Zoo ja, op welke wijze ware dit verband te regelen?*; Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging, Zwolle 1971, Preadviezen van Prof.mr. A.A.M. van Agt en O.A.C. Verpaalen, over de vraag: *Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtprocesrecht wenselijk?*; Prof.mr. F.A.W. Bannier, mr. H.F.M. Hofhuis en prof.mr. A.T. Ottow, *Tuchtrecht*, Den Haag 2009.

² H. de Bie, *Eenige beschouwingen over Tuchtrecht*, (diss. Utrecht) 1904, J.F. Taat, *Beschouwingen over tuchtrecht*, (diss. Leiden) 1948.

³ H. de Doelder, *Terrein en beginselen van tuchtrecht*, Alphen aan den Rijn/Brussel: H.D. Tjeenk Willink 1981.

⁴ Idem, p. 2.

beginsel, het beginsel van openbaarheid en het ne bis in idem beginsel.

Het duiden van het tuchtrecht tussen deze beide rechtsgebieden op de schaal van ‘vrijwilligheid’ brengt ook mee dat hij zich afvraagt of het tuchtrecht valt onder het bereik van het EVRM: ‘Indien aan het verdrag inderdaad, althans in principe, enig gezag over het tuchtrecht kan worden toegekend, dan is het de vraag of het mogelijk is de verdragsbepalingen vervolgens weer buiten spel te zetten door aan te nemen, dat men geacht kan worden bij contract afstand gedaan te hebben van de rechten, die door het verdrag zijn toegekend.’ Op basis van de EHRM-rechtspraak over art. 6 EVRM concludeert hij dat het belangrijkste criterium voor de beantwoording van de vraag of het tuchtrecht valt onder of wordt beïnvloed door het EVRM uiteindelijk ligt in de aard en de ernst van de straf die kan worden opgelegd.⁵ En zo stelt hij: ‘Het merkwaardige is, dat er daardoor in de praktijk geen aanknopingspunt is, dat de Europese rechter de beschermende werking van de onderhavige artikelen van toepassing zal achten op enig tuchtingingsrecht, dat we in Nederland kennen.’⁶

Inmiddels is er, zoals hierboven al is opgemerkt, sinds het verschijnen van de dissertatie van De Doelder veel veranderd. Dat geldt zowel voor het terrein van het strafrecht, als voor het terrein van het tuchtrecht en de rechtspraak van het EHRM. Al met al bieden die veranderingen voldoende aanleiding om De Doelders constatering van destijds – dat er in de praktijk geen aanknopingspunt is, dat de Europese rechter de beschermende werking van de onderhavige artikelen van toepassing zal achten op enig tuchtingingsrecht – onder ogen te zien in het licht van de huidige stand van zaken. Omvang, karakter en complexiteit van de bedoelde ontwikkelingen nopen ons tot bescheidenheid. Deze bijdrage beperkt zich tot een vogelvlucht langs enkele ontwikkelingen en een voorzichtige schets van mogelijke consequenties daarvan voor de betekenis van het in art. 6 EVRM besloten liggende nemo tenetur-beginsel voor de tuchtrechtspraak. De basisvragen die aan de vraag of een tuchtrechtelijke procedure onder art. 6 EVRM valt voorafgaan, namelijk of en in welke gevallen een tuchtprocedure handelt over ‘civil rights’ in de zin van art. 6 EVRM dan wel een ‘criminal charge’ oplevert in de zin van art. 6, worden daarbij niet in algemene zin besproken. Wij beperken ons tot enkele vormen van wettelijk geregeld tuchtrecht en de vraag of het nemo tenetur-beginsel via de bescherming van art. 6 EVRM in het huidige tijdsgewricht of in de (nabije) toekomst mogelijk wel van toepassing zou kunnen zijn op deze tuchtrechtelijke procedures.

⁵ Idem, p. 73.

⁶ Idem, p. 73.

1.3 Ontwikkelingen sinds het verschijnen van De Doelders dissertatie

Straf- en strafprocesrecht

Sinds de tweede helft van de jaren 80 is er een ontwikkeling gaande waarin de overheid meer dan in de periode daaraan voorafgaand punitieve handhaving beschouwt als een geschikt middel om ongewenst gedrag tegen te gaan. In het strafrecht zien we dat niet alleen terug in de uitbreiding van opsporingsbevoegdheden, de invoering van nieuwe misdrijven en de uitbreiding van het bereik van bestaande misdrijven, de strafbaarstelling van voorbereiding van ernstige misdrijven en de verhoging van een groot aantal strafmaxima, maar ook in de uitbreiding van de mogelijkheden strafzaken efficiënter af te doen, laatstelijk door de invoering van de strafbeschikking waardoor veel strafbare feiten – en ook strafbare feiten waarop stevige straffen staan – kunnen worden afgedaan door het Openbaar Ministerie dat zelf straffen kan opleggen. In het verlengde van die ontwikkeling is met het oog op een effectievere handhaving veel bijzonder strafrecht vervangen door bestuurlijke handhaving met behulp van dwangsommen en bestuurlijke boetes, een wijze van handhaving die we ook terugvinden op het terrein van bestrijding van lokale overlast. Verder is op economisch terrein het strafrecht soms grotendeels vervangen door tuchtrechtelijke handhaving, zoals bijvoorbeeld in de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004 het geval is. In de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel onderstreept de regering dat tuchtrecht net als het strafrecht sanctierecht is: door middel van sancties (tuchtrechtelijke maatregelen) worden de normen die binnen de afgebakende groep justitiabelen gelden, gehandhaafd.⁷

Deze gestaag voortgaande ontwikkeling van vervloeiing en vervlechting van rechtsgebieden waarmee, zowel op het niveau van wetgeving als van handhaving, de aanpak van ongewenst gedrag wordt vormgegeven leidt tot evenzeveel vervloeiing en vervlechting van de maatstaven waaraan de autoriteiten in de respectievelijke procedures moet voldoen.⁸ Niet alleen rijzen bij bestuurlijke vormen van handhaving vragen over de toepasselijkheid van strafrechtelijke leerstukken als strafuitsluitingsgronden en samenloop, ook processuele kwesties als het voorkomen van dubbele bestraffing kunnen problemen opleveren. Op zich hoeven een administratieve sanctie of een beslissing van de tuchtrechter immers niet in de weg te staan aan een strafvervolgning ter zake van hetzelfde feit,⁹ maar onwenselijk kan een dergelijke samenloop wel degelijk zijn. In de relatie strafrechtelijke versus bestuurlijke handhaving is dat ook door de wetgever onderkend en is er via de zogenoemde una-via regeling een voorziening getroffen die, in de woorden van Corstens-

⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 025, nr. 3.

⁸ Zie uitvoeriger over de bedoelde ontwikkelingen C.P.M. Cleiren, *Evolueren naar meer horizontale en multidimensionale verhoudingen in het strafrecht*, Mechelen: Kluwer 2010.

⁹ HR 20 maart 2007, NJ 2007, 181.

Borgers als een rechtsgebied overstijgende ne bis in idem-regeling kan worden gezien.¹⁰ Indien een bestuurlijke boete is opgelegd of van het opleggen van een administratieve sanctie is afgezien, bepaalt art. 243 lid 2 Sv dat dit dezelfde rechtsgevolgen heeft als een kennisgeving van niet verdere vervolging. Art. 5: 44 lid 1 bevat een vergelijkbare bepaling ten aanzien van de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen nadat een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen of een strafbeschikking is opgelegd. Voor het tuchtrecht ontbreekt een regeling om ongewenste samenloop te voorkomen. Daarnaast leidt de betekenis van de in art. 6 EVRM neergelegde beginselen hier tot lastige vragen, niet alleen als het gaat om de vraag of en in hoeverre de afzonderlijke onderdelen van art. 6 EVRM bij bestuursrechtelijke handhaving of tuchtrechtspraak van toepassing zijn, maar ook als het gaat om sfeerovergang en sfeercumulatie en het gebruik van in het kader van toezicht verkregen verklaringen, informatie, documenten en voorwerpen in een daarop volgende procedure. Hier speelt in het bijzonder de vraag naar de reikwijdte van het nemo tenetur-beginsel.

Tuchtrecht

Wettelijk geregeld tuchtrecht dient zoals gezegd andere doelen dan het strafrecht en de bestuurlijke handhaving. Het is een vorm van zelfregulering die de kwaliteit van de professie moet waarborgen en die niet alleen rechtspraak, maar ook toezicht omvat. Wat betreft de rechtspraakfunctie ligt het wettelijk tuchtrecht aan tegen de strafprocedure en ook de aard van de ongewenst geachte gedragingen waarop de beide gebieden betrekking hebben overlappen elkaar deels. Een beroepsfout door een arts kan tevens een strafbaar feit als mishandeling of dood door schuld opleveren, het als betaling in natura aannemen van uit misdrijf verkregen goederen door een advocaat staat haaks op de beroepscode en kan tegelijkertijd heling opleveren. De overlapping maakt ook duidelijk dat onder kwaliteit van de beroepsuitoefening ook de integriteit van het handelen van de beroepsbeoefenaar valt. Voor dat aspect is de laatste jaren veel publieke en politieke belangstelling, sterk ingegeven door de als gevolg van incidenten en soms misstanden op brede schaal gegroeide aandacht voor kwaliteit, professionaliteit en integriteit binnen organisaties en beroepsgroepen. Beginselen van good governance, de code Tabaksblatt en andere gedragscodes vormen inmiddels vertrouwde kaders om de gewenste standaarden mede te waarborgen. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat de Minister van Justitie in 2005 de Werkgroep tuchtrecht instelde met als doel meer consistentie te brengen in de vormgeving van het wettelijk tuchtrecht. Eind 2006 rapporteerde de Werkgroep tuchtrecht in opdracht van de Minister van Justitie over de positie van het wettelijk geregeld tuchtrecht en stelde onder meer voor tot uniformering van het tuchtprocesrecht te komen. Daarbij besteedde de commissie ook aandacht aan de vraag in

¹⁰ G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, zevende druk, p. 191.

hoeverre bestaande tuchtrechtprocedures EVRM-proof zijn. In dat verband worden in het rapport het recht op een eerlijke behandeling, onpartijdigheid en onafhankelijkheid van het tuchtcollege, openbaarheid van de procedure en behandeling binnen een redelijke termijn genoemd.¹¹ Opvallend is dat in dit verband niet het nemo tenetur-beginsel als punt van aandacht wordt vermeld.

Deze versterkte aandacht voor integriteit en kwaliteit binnen de beroepsgroep heeft ten aanzien van onder meer de beroepsgroepen van de advocatuur, het notariaat en de gezondheidszorg niet alleen geleid tot een roep om strengere toezicht, maar ook – en bijna onvermijdelijk – tot een steeds kritischer benadering van de diffuse verhouding tussen de toezichtfunctie en de rechtspraakfunctie. Het bijzondere van het bij die beroepsgroepen behorende tuchtrecht is namelijk dat die beide functies niet steeds van elkaar zijn gescheiden en dat feitenonderzoek – en deels ook sanctievormen – binnen beide functies mogelijk is.¹² Daar komt bovenop dat door het groeiende gewicht van het tuchtrecht de tuchtrechtspraak is opgeschoven in de richting van het strafrecht bijv. door de invoering van een geldboete van de vierde categorie uit art. 23 Sr, inmiddels 19.500 Euro, als maatregel in de Wet op het notarisambt.¹³ De vraag in hoeverre voor de tuchtrechtspraak het nemo tenetur-beginsel van belang is dringt zich daardoor te meer op.

Nemo tenetur en art. 6 EVRM

Sedert het verschijnen van de dissertatie van De Doelder in 1981 zijn de ontwikkelingen rondom het nemo-tenetur sterk bepaald door de rechtspraak van het

¹¹ Rapport van de werkgroep tuchtrecht (de Commissie Huls), *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht*, Den Haag 7 december 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 48, p.29 e.v.

¹² Dergelijke vermenging bestaat ook bij andere toezichthouders, zoals de ACM en de AFM. Die vermenging gaat daar zover dat ook sancties kunnen worden opgelegd door de toezichthouder.

¹³ Het toenemend belang van het tuchtrecht voor beroepen als deze heeft geleid tot het voornemen van de regering om tot een kaderwet tuchtrechtspraak te komen, aangekondigd bij het Kabinetstandpunt inzake het advies van de Werkgroep wettelijk geregeld tuchtrecht.¹³ Uit een ambtelijk voorontwerp van januari 2010 blijkt dat dit voornemen betrekking had op het tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren, waarbij men naast de hiervoor genoemde beroepen kan denken aan deurwaarders, accountants, loodsen, zeevarenden en octrooigemachtigden. Dit voornemen onderstreepte dat van overheidswege meer belang wordt gehecht aan een goede handhaving van de professionele normen en standaarden binnen deze beroepen. In het kader van de herprioritering is het voorstel voor de kaderwet niet meer opgenomen in het wetgevingsprogramma van de Rijksbegroting 2013. De voor het tuchtprocesrecht gewenste of noodzakelijk geachte wijzigingen zullen in de afzonderlijke beroepswetten worden ingevoerd.

EHRM.¹⁴ Het nemo tenetur-beginsel is in het Nederlandse recht zowel naar zijn ratio, als naar zijn inhoud en reikwijdte nog steeds diffuus. Volgens de Hoge Raad is in het Nederlandse strafrecht niet een onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd dat een verdachte op geen enkele wijze kan worden verplicht mee te werken aan het verkrijgen van voor hem mogelijk belastend bewijsmaterieel. Wel brengen de artikelen 6 EVRM en 29 Sv mee dat een verdachte mag zwijgen en zichzelf niet hoeft te belasten, wat niet uitsluit dat degene die geen verdachte is bijvoorbeeld kan worden verplicht gegevens te verstrekken over een strafrechtelijk gesanc-tioneerd vergunningsvoorschrift, ook als op basis van die gegevens een verdenking kan ontstaan.¹⁵

Dat het recht om te zwijgen en niet mee te hoeven werken aan de eigen veroorde-ling wordt begrepen onder een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM is door het EHRM voor het eerst verwoord in de zaak Funke.¹⁶ Het nemo-tenetur begin-sel wordt hier door het Europese Hof ingelezen in art. 6 EVRM, al wordt het zwijgrecht door het Hof niet als absoluut beschouwd.¹⁷ In het Saunders-arrest is een verdere nuance aangebracht met de overweging dat het recht om zichzelf niet te belasten er niet aan in de weg staat dat materiaal dat onafhankelijk van de wil van verdachte bestaat, zoals een bloedmonster, papieren e.d. en onder dwang is verkre-gen, voor het bewijs wordt gebruikt.¹⁸ Ook wordt uit het Saunders-arrest duidelijk dat verplichtingen tot het geven van informatie in het kader van controle op het terrein van economische en vergelijkbare wetgeving niet onverenigbaar zijn met het nemo tenetur-beginsel, maar dat het gebruik van die verklaringen in een daar-op volgende strafrechtelijke procedure wel strijdig kan zijn met het recht op een eerlijk proces. Het gaat hier om gevallen waarin de verklaringen door betrokkene zijn gegeven vóór de verdenking is ontstaan. De praktijk kent evenwel ook andere vormen van ‘dwang’ tot medewerking.¹⁹ Waar het gaat om gevallen waarin na het ontstaan van de verdenking informatie is vergaard op basis van een verplichting tot medewerking uit andere handhavingswetgeving (in de meeste gevallen bijzondere wetgeving) stelde de Hoge Raad dat art. 29 Sv zich niet verzet tegen een verplich-

¹⁴ Zie onder meer L. Stevens, a.w. en G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, *Het Neder-lands strafprocesrecht*, in het bijzonder par. 10.15, Deventer: Kluwer 2011 en B.F. Keulen en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010, 12^e druk, VII, 3.

¹⁵ HR 19 september 2006, NJ 2007, 39 en eerder.

¹⁶ EHRM 25 februari 1993, NJ 1994, 485, m.nt. Kn (Funke tegen Frankrijk) en voor een recente herhaling van deze positie EHRM 10 maart 2009, nr. 4378/02, Bykov, par. 92.

¹⁷ EHRM 8 februari 1996, NJ 1996, 725, m.n. Kn. (Murray tegen Verenigd Koninkrijk).

¹⁸ EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699, m.nt. Kn. (Saunders tegen Verenigd Koninkrijk) en een vervolg daarop in EHRM 27 april 2004, appl. No. 211413/02, NJB 2004, 30 (Kansal tegen Verenigd Koninkrijk)

¹⁹ Zie hierover Corstens/Borgers, G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, a.w., in het bijzonder par. 10.15.

ting tot het afgeven van administratieve bescheiden, ook niet als al een verdenking bestaat of als die door de afgifte van die bescheiden ontstaat.²⁰ Uit de beslissing van het EHRM in de zaak J.B. v. Switzerland uit 2001 en recent *Chambaz v. Switzerland* uit 2012 kan worden afgeleid dat het standpunt van het Europese Hof op dit punt genuanceerder is. Het Hof lijkt in die arresten zijn stellingname uit het Saunders-arrest in zoverre bij te stellen dat een op straffe van een boete gehandhaafde verplichting documenten te verschaffen in verband met mogelijk onjuiste belastingaangifte verplichting wel in strijd kan zijn met het nemo tenetur-beginsel.²¹ In dezelfde lijn ligt de uitspraak van het Hof in de zaak *Marttinen v. Finland*,²² waarin het Hof oordeelde dat de bestraffing van de weigering van Marttinen om ten behoeve van schuldeisers in zijn faillissement informatie te verschaffen over zijn bezittingen in strijd was met het nemo tenetur-beginsel, nu er ook een strafrechtelijk onderzoek was geopend naar de vraag of hij kort gezegd zich aan faillissementsfraude schuldig had gemaakt. Dat het hier om gescheiden procedures ging deed daaraan niet af.²³ Of in dergelijke gevallen sprake is van een schending van het nemo tenetur-beginsel blijft afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dit wordt in het bijzonder duidelijk uit de beslissingen in de zaken *O'Halloran en Francis v. United Kingdom*²⁴ waarin het ging om de vraag of de verplichting van de kentekenhouder de naam te noemen van de bestuurder die een op kenteken geconstateerde snelheidsovertreding had begaan, in strijd was met het nemo tenetur-beginsel. Het Europese Hof oordeelde dat het zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel niet absoluut zijn en dat in casu van schending daarvan geen sprake was gelet op de beperkte dwang, de geringe strafbedreiging en de belangen die met handhaving van de verkeerswetgeving worden gediend. Met de aldaar gemaakte afwegingen blijft evenwel nog diffuus welke typen bewijs uit andere procedures wel of niet zonder strijd met art. 6 kunnen doorwerken in een strafrechtelijke procedure of welke vorm van dwang als niet meer acceptabel zal worden beoordeeld.

²⁰ HR 29 oktober 1996, 1997, 232 m.nt. Sch.

²¹ J.B. v. Switzerland 3 mei 2001, NJ 2003, 354 en *Chambaz v. Switzerland* 5 april 2012, Human Rights Cases 2012, 135.

²² EHRM 21 april 2009, nr. 19235/03.

²³ Voor de interpretatie van deze uitspraken verwijzen wij naar F.P. Ölcü, 'Compliance and the privilege against self-incrimination in ECHR law'. 'Türk-Alman Hukuk Sempozyumu, Deutsch-Türkisches Rechtssymposium, Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları, Wissenschaftliche und Praktische Aspekte Der Compliance-Diskussion, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1 Temmuz 2011, Juristisches Fakultät der Universität İstanbul, 1 juli 2011, Editörler/Herausgeber: Doç. Dr. İbrahim Erhan Temel, LL.M./Prof. Dr. Adem Sözüer, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, Birinci Baskı, p. 106-164, M. Velthuis, 'Wilsafhankelijk versus wilsonafhankelijk materiaal', *Tijdschrift Onderneming & Strafrecht in Praktijk*, nr. 2 2013, p. 32 ev.

²⁴ NJ 2008, 25.

Uit deze beknopte bespreking blijkt dat waar het gaat om sfeerovergang en sfeer-cumulatie, vroeger ook vaak aangeduid als voortgezette toepassing, het gebruik van verkregen verklaringen, informatie, documenten en voorwerpen onder omstandigheden kan leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel. De omstandigheden, waaronder en de aard en omvang van de verplichting tot medewerking in een procedure voorafgaand aan de strafrechtelijke procedure, zullen in belangrijke mate bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of het gebruik van dat materiaal voor het bewijs strijd oplevert met art. 6 EVRM. Met deze genuanceerde maatstaven voor beoordeling van het bewijs van voorafgaand aan of tijdens de strafrechtelijke procedure verkregen materiaal krijgt ook de vraag naar een verplichting om de cautie te geven in niet-strafrechtelijke procedures een nieuw perspectief. Dat perspectief wordt bijvoorbeeld zichtbaar in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van januari 2013, waarin het ging om de een feit uit de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften. Het hof komt daar terug op bestendige rechtspraak. Het acht het niet juist een verklaring van een betrokkene, waaraan de cautie niet is voorafgegaan, te gebruiken voor de vaststelling dat de gedraging is verricht.²⁵

2. Nemo tenetur en de tuchtrechtelijke procedure

Uit het voorgaande kan de conclusie worden getrokken dat er vrij grote mate van consensus bestaat over de vraag of art. 6 EVRM betekenis heeft voor de wettelijke tuchtrechtprocedures als het gaat om de door de commissie Huls genoemde aandachtspunten eerlijk proces, redelijke termijn, openbaarheid van de procedure en een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Minder duidelijk is in hoeverre het nemo tenetur-beginsel daarin een rol speelt. Die vraag is van belang omdat in het kader van het toezicht in de desbetreffende beroepsgroepen er voor de beroepsbeoefenaren een verplichting bestaat tot het verschaffen van de gevraagde informatie en op een dergelijk onderzoek vervolgens een tuchtprocedure en eventueel een strafrechtelijke vervolging kan volgen.

Over deze kwestie is enige recente rechtspraak in het kader van het medisch tuchtrecht. De vraag in hoeverre de beklaagde verplicht is mede te werken aan het onderzoek naar de klacht door het overleggen van stukken en het verschaffen van inlichtingen is namelijk in diverse procedures aan de orde gekomen. In een van de zaken waarin werd geklaagd over de behandeling van Sylvia Millenkamp, werd door de aangeklaagde internist aangevoerd dat de inspecteur niet-ontvankelijk was in zijn klacht omdat hij bij het horen van de internist de cautie niet had gegeven.

²⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 januari 2013, ECLI:NL:GHARL: 2013:BY8163.

Het regionaal tuchtcollege overwoog dat het de vraag is of een tuchtklacht (onder alle omstandigheden) een ‘criminal charge’ is in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Die vraag kon volgens dit college in dit geval onbeantwoord worden gelaten, omdat het volgens het college duidelijk was dat bij het eerste gesprek met de inspecteur van enige verdenking nog geen sprake was.

In hoger beroep werd het verweer opnieuw gevoerd. Het antwoord van het Centraal Tuchtcollege liet weinig te raden over zijn opvatting. Het college overwoog: ‘Anders dan het Regionaal Tuchtcollege zal het Centraal Tuchtcollege de vraag of de onderhavige tuchtklacht een “criminal charge” is in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) niet onbeantwoord laten. In de rechtspraak van het Europese Hof tot Bescherming van de Rechten van de Mens zijn criteria ontwikkeld ter beoordeling van de vraag of in concrete gevallen van overheidsingrijpen sprake is van een “criminal charge”. Toetsing aan deze criteria brengt naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege mee dat de in de Wet BIG opgenomen tuchtrechtelijke procedure niet is aan te merken als de behandeling van een “criminal charge”. De tuchtrechtelijke procedure wordt volgens het Nederlands wettelijk systeem immers niet tot het strafrecht gerekend doch tot disciplinair recht. Het in de wet BIG geregelde tuchtrecht bevat geen normen die de hele bevolking kunnen treffen en de op grond van de wet op te leggen maatregelen kunnen niet aangemerkt worden als strafrechtelijk van karakter. Het achterwege laten van de cautie in de tuchtrechtelijke procedure op grond van de Wet BIG levert dan ook geen strijd op met het in artikel 6 EVRM verankerde “nemo tenetur” beginsel.’²⁶

Dit jaar kwam in een andere zaak van het Centraal Tuchtcollege opnieuw de vraag aan de orde in hoeverre een beklaagde verplicht is bewijsmateriaal tegen zichzelf te verschaffen. Het regionaal tuchtcollege had overwogen dat als uitgangspunt geldt dat de arts die zich in het kader van een klachtenprocedure of in een tuchtprocedure moet verantwoorden, openheid dient te betrachten, maar dat in een zaak, waarbij – gelet op de zwaarte van de beschuldigingen – de mogelijkheid om zijn beroep te blijven uitoefenen op het spel staat, tevens rekening moet worden gehouden met de regel dat de arts niet gehouden is bewijs tegen zichzelf te verschaffen. Ook hier distantieerde het Centraal Tuchtcollege zich van dit standpunt. In een tuchtprocedure op grond van de wet BIG geldt volgens dit college, anders dan in het strafproces en anders dan het Regionaal Tuchtcollege heeft aangenomen, niet een absolute regel dat de aangeklaagde niet verplicht is bewijs tegen zichzelf te leveren, ook niet in een geval waarin een van de op te leggen maatregelen bestaat in een al dan niet

²⁶ Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 19 juni 2007, *TvGR* 2007, 39.

voorwaardelijke ontzegging zijn beroep uit te oefenen. Maar in de uitwerking die volgde nuanceerde het college dit tot het standpunt dat de aangeklaagde wettelijk verplicht is medewerking te verlenen aan inzage in het medisch dossier, maar geen verplichting heeft tot medewerking aan het bewijs van door hem betwiste feiten of gedragingen.²⁷ Wel kan van de aangeklaagde worden verlangd dat hij of zij een betwisting voldoende onderbouwt en zo nodig en indien mogelijk daarvoor bewijzen aandraagt, en dus in zoverre medewerking verleent aan de waarheidsvinding in de tuchtprocedure, aldus het college.

Het is de vraag of deze opvatting houdbaar is in het licht van de recente wijziging van de tuchtrechtelijke procedure in de Wet op het notarisambt en de voorgestelde wijziging van deze procedure in de Advocatenwet. In de Wet op het notarisambt wordt thans in art. 99a, lid 8, bepaald dat bij het vooronderzoek in het kader van een tuchtrechtzaak de betrokkene niet verplicht is ten behoeve van het vooronderzoek verklaringen omtrent zijn onderzochte handelen of nalaten af te leggen en dat hem dit voor het horen wordt medegedeeld. In de Memorie van toelichting staat over deze voor het tuchtrecht nieuwe bepaling: 'In artikel 14 derde lid, onderdeel g, van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) is het *nemo tenetur*-beginsel opgenomen, dat inhoudt dat niemand mag worden gedwongen om een verklaring of bekentenis tegen zichzelf af te leggen, in geval van een tegen hem ingestelde «strafvervolgung». Dit beginsel volgt ook uit artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Gezien het feit dat het in artikel 99a voorgestelde vooronderzoek plaatsvindt in het kader van een tuchtrechtelijke procedure die kan leiden tot de oplegging van punitieve sancties, is analoog aan artikel 29 van het Wetboek van Strafvordering en artikel 5:10a Awb, in het zesde lid van artikel 99a Wna een zwijgrecht opgenomen voor degene die voorwerp is van het vooronderzoek, alsmede de verplichting om de betrokkene hiervan vooraf op de hoogte te stellen, de zogeheten «cautie».'²⁸

Een identieke bepaling is voorgesteld in de tweede nota van wijziging bij het recente wetvoorstel tot wijziging van de Advocatenwet (art. 46m, lid 5). De toelichting op de voorgestelde bepaling is woordelijk gelijk aan die op art. 99a, lid 8 Wet op het notarisambt, maar de reactie op de opmerkingen van de zijde van de tuchtrechters is in dit verband zeer interessant. Deze luidt: 'Het hof van discipline en de raden van discipline hebben gepleit voor het schrappen van de tweede en derde volzin van artikel 46m, vijfde lid. Zij stellen daarbij dat het tuchtrecht geen strafrecht is, en dat het bij het advocatentuchtrecht niet zou gaan om criminal charges in de zin van artikel 6 EVRM. Dientengevolge zouden het beginsel van *nemo tenetur* en de cautie niet thuishoren in het tuchtrecht. Op zichzelf stellen het hof

²⁷ Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 25 juni 2013, c2012, 289 en 290.

²⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 250 nrs. 2 en 3.

en de raden terecht dat het tuchtrecht geen strafrecht is. Evenwel is ook voor het tuchtrecht aangenomen dat dit (elementen van) een criminal charge omvat of kan omvatten. Het tuchtrecht heeft bovendien mede een punitief karakter. Bij het vooronderzoek naar een tuchtklacht, of bij de behandeling van een tuchtklacht ter zitting kan op voorhand niet worden uitgesloten dat de zaak zal leiden tot het opleggen van maatregelen met een punitief karakter. Dit zal met name aan de orde kunnen zijn in het geval van het opleggen van een geldboete, schorsing of schraping van het tableau. Het in die gevallen niet voorzien in het verlenen van de cautie of handhaving van het beginsel van nemo-tenetur, zou strijdigheid kunnen opleveren met artikel 6 EVRM. De betreffende regeling in artikel 46m, vijfde lid, is daarom gehandhaafd.’

3. Een nieuwe ontwikkeling?

Het lijkt ons niet goed te verdedigen dat de erkenning van de toepasselijkheid van het nemo tenetur-beginsel in de (beoogde) wetswijzigingen in de Advocatenwet en de Wet op het notarisambt geen gevolgen hebben voor andere vergelijkbare wettelijk geregelde tuchtprocedures zoals die in de Wet BIG en de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004. Minder duidelijk is echter wat de betekenis van die erkenning betekent. Zoals wij hierboven zagen is het moeilijk om uit de rechtspraak van het EHRM duidelijke conclusies te trekken. Met name de overwegingen van het Hof in de zaken O’Halloran en Francis maken duidelijk dat de aard van de regeling die wordt gehandhaafd daarbij van belang is. Als de aard van het verkeersrecht en het belang van verkeersveiligheid kunnen leiden tot een genuanceerde toepassing van het nemo tenetur-beginsel, ligt het voor de hand dat ook de aard van het tuchtrecht, handhaving van de kwaliteit en integriteit van de uitoefening van bepaalde beroepen, een reden kunnen zijn om de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het tuchtrecht te beperken. Zo is het moeilijk voorstelbaar dat de beroepsbeoefenaar wiens handelwijze wordt onderzocht, niet meer verplicht zou zijn inzage te geven in de desbetreffende dossiers. In dit verband wijzen wij op de rechtspraak van de Hoge Raad over de mogelijke beperkingen van het verschoningsrecht van geheimhouders als het gaat om inbeslagneming van stukken die onder het beroepsgeheim vallen in geval van een verdenking van betrokkenheid van de geheimhouder bij ernstige strafbare feiten. Een bijkomend probleem is dat, zoals wij in het voorafgaande hebben gezien, waar het gaat om sfeerovergang en sfeercumulatie, het gebruik van verkregen verklaringen, informatie, documenten en voorwerpen volgens het EHRM ‘onder omstandigheden’ kan leiden tot een schending van het nemo tenetur-beginsel. Nu niet is uitgesloten dat tegelijkertijd of in aansluiting op de tuchtrechtelijke procedure een strafrechtelijke procedure wordt gevoerd, kan bovendien – naast de sfeerovergang die al bestaat tussen de toezichtfunctie en de rechtspraakfunctie binnen het tuchtrecht – sprake zijn van een sfeerovergang en sfeercumulatie tussen de tuchtrechtprocedure en de

strafrechtelijke. Dat dit problematisch kan zijn wordt onderstreept door de beslissing van het EHRM in de zaak *Marttinen*. De vraag is hoe in die gevallen van dubbele cumulatie de woorden ‘onder omstandigheden’ zouden moeten worden geïnterpreteerd. Toepasselijkheid van het *nemo tenetur*-beginsel zonder nadere uitwerking door de wetgever stelt de tuchtrechter dan ook voor lastige problemen. Het lijkt ons daarom wenselijk dat de wetgever over de implicaties van die toepasselijkheid meer duidelijkheid verschaft dan in de recente wetgeving op dit punt is geschied. Een kaderwet wettelijke tuchtrechtspraak zou daarvoor een kader kunnen bieden dat niet alles aan de tuchtrechter overlaat. Invoering daarvan verdient dan ook heroverweging.²⁹ In een dergelijke wet zou, zoals thans het geval is ten aanzien van de tuchtrechtspraak in de gezondheidszorg, de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet kunnen worden opgenomen om voor de nodige rechts-eenheid te zorgen.

²⁹ Zie in dit verband de recente stand van zaken beschreven in noot 13.

