

VU Research Portal

De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing

Borgers, M.J.

published in

Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland
2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2011). De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing. In F. G. H. Kristen, R. M. I. Lamp, J. M. W. Lindeman, & M. J. J. P. Luchtman (Eds.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland* (pp. 455-496). Boom Lemma Uitgevers.

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 providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing

M.J. Borgers

1 Inleiding

Tal van wettelijke voorschriften kunnen niet alleen langs strafrechtelijke weg, maar ook door middel van bestuursrechtelijke instrumenten worden gehandhaafd. Dat doet zich in het bijzonder voor op het terrein van het bijzonder strafrecht. Zo is de overtreding van diverse voorschriften uit de Wet Milieubeheer strafbaar gesteld in art. 1a, sub 1, WED. Een dergelijke overtreding kan leiden tot een strafvorderlijk onderzoek en strafrechtelijke vervolging. Tegelijkertijd bevatten hoofdstuk 5 van de Algemene Wet Bestuursrecht (Awb) en hoofdstuk 18 van de Wet Milieubeheer een uitvoerige regeling van de bestuursrechtelijke handhaving van de in deze wet gestelde voorschriften. Een – reeds geconstateerde dan wel een mogelijke of een dreigende – overtreding van een wettelijk voorschrift kan derhalve tot verschillende reacties van de zijde van de overheid leiden. Het effect hiervan kan zijn dat er – zoals dat in de literatuur pleegt te worden aangeduid – sfeerovergang of sfeercumulatie plaatsvindt.¹ Van sfeerovergang is sprake indien de resultaten van het bestuursrechtelijke optreden aanleiding geven tot het starten van een strafrechtelijke handhavingstraject. Sfeercumulatie doet zich voor indien beide vormen van handhaving naast elkaar plaatsvinden.

Aan sfeerovergang en sfeercumulatie zijn enkele belangrijke juridische vragen verbonden. In hoeverre is het bijvoorbeeld toegestaan om de resultaten van het bestuursrechtelijke traject te benutten ten behoeve van het strafrechtelijke onderzoek? Mogen strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast op een moment dat er nog geen redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden, of mag dan alleen onderzoek binnen het bestuursrechtelijke kader plaatsvinden? Voor welke activiteiten zijn de bestuursrechtelijke organen dan wel de strafvorderlijke autoriteiten verantwoordelijk? In de kern houden deze vragen verband met de verhouding tussen de regels die het bestuursrechtelijke optreden normeren, en de voorschriften die het strafrechtelijke optreden beheersen. Die onderlinge verhouding is in zoverre complex dat het bestuurs-

¹ Zie over deze terminologie Luchtman 2007a, p. 134. Sfeerovergang en -cumulatie kunnen zich overigens ook voordoen binnen het bestuursrecht (bijvoorbeeld waar het gaat om de samenloop van het reguliere bestuursrechtelijke toezicht met het bestuursrechtelijke boeteonderzoek). Daarop wordt in deze bijdrage niet nader ingegaan.

recht en het strafrecht geen scherp van elkaar te onderscheiden rechtsgebieden zijn. Men zou weliswaar kunnen betogen dat het bestuursrecht in de kern een ander doel dient dan het strafrecht – in die zin dat bestuursrechtelijke handhaving primair betrekking heeft op het waarborgen van de naleving van de wet (preventie), terwijl strafrechtelijk optreden vooral gericht is op bestraffing nadat de wet is overtreden (repressie) –, maar die stelling moet sterk worden genuanceerd. Zo kent het bestuursrecht de mogelijkheid van de oplegging van punitieve sancties, in het bijzonder de bestuurlijke boete. De bestuursrechtelijke onderzoeksbevoegdheden zijn ook (mede) toegesneden op die mogelijkheid. De toepassing van bestuursrechtelijke bevoegdheden kan plaatsvinden omdat reeds is geconstateerd dat een overtreding van de wet heeft plaatsgevonden. Tegelijkertijd is het strafrecht niet zuiver repressief van aard, maar vertoont het preventieve trekken. Het strafrechtelijke optreden kan erop gericht zijn te controleren of de wet correct wordt nageleefd (zonder dat er een directe aanleiding bestaat om te veronderstellen dat de wet is overtreden).

Vragen rondom sfeerovergang en sfeercumulatie plegen nogal eens besproken te worden aan de hand van de termen toezicht, controle en opsporing.² Met toezicht wordt dan verwezen naar de prototypische preventieve bestuursrechtelijke activiteit van het bewerkstelligen van de naleving van de wet, terwijl met opsporing wordt bedoeld op het reactieve strafvorderlijke optreden van politie en justitie nadat is geconstateerd dat de wet is overtreden. Voor wat betreft controle wordt veelal onderscheid gemaakt tussen preventieve controle – hetgeen niets anders is dan het zojuist beschreven toezicht – en repressieve controle, hetgeen zou verwijzen naar activiteiten van opsporingsambtenaren die zijn gericht op het ontdekken van strafbare feiten zonder dat – noodzakelijkerwijs – reeds een verdenking bestaat. Toegegeven moet worden dat met deze termen een zekere ordening kan worden aangebracht, maar zonder nadere toelichting en analyse is het niet goed mogelijk om aan de hand van deze begrippen scheidslijnen te trekken. Dat heeft vooral, maar niet alleen, van doen met de zojuist geschetste complexe samenhang tussen bestuursrecht en strafrecht. Om die reden wordt in paragraaf 2 nader ingegaan op de betekenis van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv: wanneer is van ‘opsporing’ sprake, welke consequenties zijn verbonden aan de kwalificatie ‘opsporing’ en hoe moet het optreden van bestuursrechtelijke organen worden geduid ten opzichte van het begrip ‘opsporing’?

Vervolgens komen in dit hoofdstuk enkele onderwerpen rondom het thema sfeerovergang en sfeercumulatie aan de orde die voor de praktijk van het bijzonder strafrecht het meest relevant zijn. Deze onderwerpen houden alle

2 In paragraaf 2.2 komt de betekenis van deze termen in relatie tot het opsporingsbegrip van art. 132a Sv nader aan de orde. Aldaar zijn ook nadere literatuurverwijzingen opgenomen. Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat naast de in de hoofdtekst genoemde termen ook andere aanduidingen plegen te worden gehanteerd, zoals proactief en reactief optreden. Ter vermijding van een ‘terminologische brij’ is ervoor gekozen in deze bijdrage te volstaan met de termen opsporing, toezicht en controle, omdat deze termen in de literatuur het meest gebezigd lijken te worden.

verband met de onderzoeksfase.³ Allereerst worden – in hoofdlijnen – de (strafrechtelijke en bestuursrechtelijke) bevoegdheden beschreven die van belang zijn voor de handhaving van de bijzondere wetgeving (paragraaf 3). Voorts komt de normering van de sfeerovergang en sfeercumulatie aan de orde (paragraaf 4). In dat verband wordt onder andere de vraag besproken in hoeverre de resultaten van bestuursrechtelijk onderzoek en van enkele (controle)bevoegdheden uit de bijzondere wetgeving gebruikt kunnen worden ten behoeve van het strafrechtelijk onderzoek. Ook gaat aandacht uit naar de beperkingen die uit het zogeheten nemo-teneturbeginsel voortvloeien, en naar de mogelijke consequenties van onrechtmatige verkrijging van onderzoeksresultaten. Volledigheids halve wordt opgemerkt dat dit hoofdstuk is geschreven vanuit een strafrechtelijk perspectief. De vragen die aan orde komen, houden telkens uiteindelijk verband met de strafrechtelijke handhaving van de bijzondere wetgeving. Er wordt niet specifiek ingegaan op de bestuursrechtelijke (boete)procedures.⁴

2 Het opsporingsbegrip

2.1 Opsporing: het beginpunt van de strafvordering

Het opsporingsbegrip heeft binnen de context van het strafprocesrecht een belangrijke functie. Het markeert namelijk, naar algemeen wordt aangenomen, het beginpunt van de ‘strafvordering’ in de zin van art. 1 Sv. Strafvordering vangt aan met opsporing.⁵ Vanaf dat moment geldt het vereiste dat strafvordering alleen plaats heeft op de wijze bij de wet voorzien. En dat betekent dat de waarborgen en de procedures van het Wetboek van Strafvordering in acht moeten worden genomen, waaronder de voorschriften met betrekking tot de opsporingsbevoegdheden en de bepalingen die voorzien in rechtsbescherming voor personen die voorwerp zijn van strafvorderlijk onderzoek. Meer specifiek kan worden gedacht aan het gezag dat de officier van justitie op de voet van art. 148 Sv uitoefent over de opsporing, en de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv.

Een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip heeft lange tijd, tot de invoering van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden in 2000,⁶ ontbroken. Met deze wet is de definitiebepaling van art. 132a Sv geïntroduceerd. Zeven jaar later is de tekst van art. 132a Sv, met de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven,⁷ drastisch aangepast. Thans kent art. 132a Sv de volgende definitie: ‘Onder opsporing

3 Zie voor wat betreft de vervolgingsfase hoofdstuk 17 (Duker).

4 Een uitvoerige vergelijking tussen de diverse procedures treft men aan in Jansen 1999.

5 Zie, met nadere verwijzingen, Reijntjes 1989, p. 4. Vgl. ook het, op het oude Wetboek van Strafvordering betrekking hebbende, Muilkorfarrest: HR 12 april 1897, *W.* 1897, 6964. Sinds de introductie van het verkennend onderzoek kan de vraag worden opgeworpen of het aanvangsmoment van de strafvordering is gewijzigd. Zie daarover Borgers 2009, p. 53, alwaar wordt betoogd dat de wetgever het verkennend onderzoek ten onrechte als de voorbereiding van opsporing heeft aangemerkt.

6 Wet van 25 mei 1999, *Stb.* 1999, 245, in werking getreden op 1 februari 2000.

7 Wet van 20 november 2006, *Stb.* 2006, 580. In werking getreden op 1 februari 2007.

wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

De inhoud van het opsporingsbegrip is altijd voorwerp geweest van debat. Dat debat heeft vaak plaatsgevonden vanuit specifieke invalshoeken: de opkomst van het bestuursrechtelijke toezicht, een meer toekomstgerichte wijze van rechercheren, de introductie van specifiek op terrorismebestrijding gerichte bevoegdheden. De introductie van de opeenvolgende wettelijke definities van het opsporingsbegrip heeft de inhoud van het opsporingsbegrip nader afgebakend, maar de totstandkomingsgeschiedenis geeft ook aanleiding tot uiteenlopende vragen.⁸ Voor een goed begrip van het opsporingsbegrip moet men daarom niet alleen afgaan op de tekst van art. 132a Sv, maar ook oog hebben voor de historische achtergronden van dit begrip.⁹ Om die reden wordt in paragraaf 2.2 met zevenmijlslaarzen een historische schets gegeven, die – uiteraard – is toegesneden op de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Vervolgens worden de elementen van de wettelijke definitie van art. 132a Sv besproken (paragraaf 2.3), waarna nader wordt ingegaan op de afbakening tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving (paragraaf 2.4).

2.2 *Historische ontwikkeling van het opsporingsbegrip*

2.2.1 *Het ‘klassieke’ opsporingsbegrip*

Het begrip ‘opsporing’ komt reeds voor in het Wetboek van Strafvordering van 1926, maar is daarin niet van een definitie voorzien. Duidelijk is echter dat dit begrip in tweërlei betekenis wordt gehanteerd. Allereerst gaat het om een verwijzing naar onderzoeksactiviteiten die erop gericht zijn op te helderen of een strafbaar feit is begaan, en zo ja: door wie en onder welke omstandigheden. Ten tweede kan het begrip ‘opsporing’ in verband worden gebracht met de systematiek van het Wetboek van Strafvordering, waarbij het gaat om de afbakening van dat deel van het voorbereidend onderzoek dat plaatsvindt buiten een gerechtelijk vooronderzoek, dus al het onderzoek dat niet door (of onder leiding van) de rechter-commissaris wordt uitgevoerd.¹⁰ Tegen deze achtergrond wordt in de literatuur nog wel eens gesproken van het klassieke opsporingsbegrip. Daarmee wordt verwezen naar de opvatting dat van opsporing eerst sprake is indien er een redelijk vermoeden bestaat dat een strafbaar feit is gepleegd. Er moet dus sprake zijn van een verdenking, zij het dat er nog geen verdachte bij naam bekend hoeft te zijn. De consequentie hiervan is dat van opsporing – en

8 Zie daarover Borgers 2009. Paragraaf 2.2-2.4 betreft een sterk ingekorte versie van deze tekst.

9 Over deze achtergronden ook Keulen en Knigge 2010, p. 267-269.

10 Vgl. Blok en Besier 1925, p. 414-415.

ook van strafvordering – geen sprake is zolang er nog geen verdenking is dat iemand een strafbaar feit heeft begaan.¹¹

De reden dat van een klassiek opsporingsbegrip wordt gesproken, lijkt vooral verband te houden met het praktische feit dat de opstellers van het Wetboek van Strafvordering voor ogen hebben gehad dat de strafvorderlijke autoriteiten eerst in actie komen wanneer op enigerlei wijze bekend is geworden – bijvoorbeeld omdat aangifte wordt gedaan of omdat de politie op een verdachte situatie stuit – dat, naar het zich laat aanzien, een strafbaar feit is begaan. Daar komt bij dat, in het tijdvak gelegen tussen enerzijds de invoering van het Wetboek van Strafvordering van 1926 en anderzijds de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, de concrete bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering vrijwel standaard zijn gekoppeld aan een verdenkingvereiste.

Geredeneerd vanuit dit klassieke opsporingsbegrip heeft toezicht (of controle) betrekking op de fase die voorafgaat aan de opsporing. Toezicht vindt, met andere woorden, plaats op een moment dat er nog geen reden is om aan te nemen dat een strafbaar feit heeft plaatsgevonden, terwijl dat bij opsporing juist wel het geval is. In zoverre is opsporing, anders dan toezicht, reactief te noemen. Deze invulling van het opsporingsbegrip en de daaruit voortvloeiende afbakening van toezicht en opsporing is evenwel voorwerp van kritiek geweest. In de literatuur is door verschillende schrijvers naar voren gebracht dat het klassieke opsporingsbegrip te eng is en dat ook een ruimere invulling van het begrip opsporing mogelijk is. Zo betogen verschillende auteurs dat opsporing ook reeds kan plaatsvinden alvorens er sprake is van een verdenking, bijvoorbeeld wanneer op basis van controlebevoegdheden wordt nagegaan of bepaalde wettelijke voorschriften al dan niet worden nageleefd. Er wordt dan ook wel gesproken van opsporing in ruime zin.¹² Dat betekent dat ook overheidsactiviteiten die niet zozeer op het ophelderen, maar het daaraan voorafgaande ontdekken van mogelijke strafbare feiten betrekking hebben – gesproken wordt wel van repressieve controle¹³ –, als opsporing hebben te gelden. Aanleiding om aan het opsporingsbegrip een ruimere invulling te geven wordt onder andere gevonden in de bijzondere wetgeving. Illustratief in dit verband is art. 23 WED, waarin aan opsporingsambtenaren enkele bevoegdheden worden toegekend ter zake van het onderzoeken van vervoermiddelen. Deze bevoegdheden mogen worden uitgeoefend ‘in het belang van de opsporing’, terwijl de wet geen verdenkingsvereiste stelt. De Hoge Raad heeft, zoals in paragraaf 3.3 nader aan de orde komt, op wetshistorische gronden beslist dat voor opsporing in de zin van deze bepaling ook geen verdenking is vereist. Voor de toepassing van art. 23 WED volstaat dat er aanwijzingen bestaan dat een economisch voorschrift niet is nageleefd.¹⁴

11 In deze zin bijvoorbeeld Reijntjes 1989, p. 5. Nadien heeft Reijntjes deze opvatting sterk genuanceerd, zie Reijntjes 1997, p. 216 en Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 13. Vgl. voorts omtrent het klassieke opsporingsbegrip Aler 1982, p. 2, Knigge 1990, p. 195, 209 en Knigge 2001, p. 5, 18-19.

12 Corstens 1993, p. 245-246. Zie voorts Aler 1982, p. 133-146, Van Buuren 1986, p. 71, 74, Wattel 1990, p. 321-323, Mevis 1990, p. 937-938 en Buruma 1993, p. 193, 199-200.

13 Aler 1982, p. 4. Zie ook Knigge 2001, p. 20 en Keulen en Knigge 2010, p. 270-271. Tegenover het repressieve toezicht staat het administratieve toezicht, dat er primair op is gericht het door de betreffende wet beoogde doel te bevorderen, aldus Aler 1982, p. 6.

14 HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633 (m.nt. ThWvV). Vgl. ook, in relatie tot de Jachtwet, HR 30 oktober 1984, *NJ* 1985, 275.

2.2.2 De introductie van een wettelijke definitie

In 2000 vindt de introductie plaats van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in titels IVA en V van het Eerste Boek van het Wetboek van Strafvordering, waarbij het verdenkingscriterium wordt verruimd. In dat kader wordt er voorzien in een wettelijke definitie van het opsporingsbegrip. In art. 132a Sv wordt het opsporingsonderzoek omschreven als het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in art. 67 lid 1 Sv, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.¹⁵ Aldus wordt het strafvorderlijke optreden op basis van een ‘klassieke’ verdenking alsmede het nieuwe, op de bestrijding van georganiseerde misdaad toegesneden verdenkingscriterium als opsporing aangemerkt. Hiermee wil de minister niet alleen expliciteren met het oog op welk doel de verschillende onderzoeksactiviteiten plaatsvinden, waardoor misbruik van de verschillende opsporingsbevoegdheden kan worden voorkomen, maar ook dat bij die activiteiten op grond van art. 148 Sv het gezag van het Openbaar Ministerie geldt en de verbaliseringsplicht op de voet van art. 152 Sv van kracht is.

De toelichting die de minister geeft op de relatie tussen enerzijds toezicht en controle en anderzijds deze wettelijke definitie van het opsporingsbegrip, is summier en niet erg helder. Zijn betoog komt erop neer dat de uitoefening van bevoegdheden die niet zijn verbonden aan één van de in art. 132a Sv vermelde verdenkingscriteria, niet kan worden aangemerkt als opsporing.¹⁶ Dat de resultaten van de toepassing van controlebevoegdheden soms wel degelijk (kunnen) worden gebezigd voor het nemen van strafrechtelijke beslissingen, maakt dat niet anders. Tegelijkertijd merkt hij zonder veel omhaal van woorden op dat het gezag van de officier van justitie over de opsporing op grond van art. 148 Sv betrekking heeft op ‘opsporing in ruime zin’, waaronder ook de handelingen worden begrepen waartoe (bijzondere) opsporingsambtenaren op grond van de bijzondere wetgeving in het belang van de opsporing bevoegd zijn.¹⁷ In zoverre verzet art. 132a Sv zich kennelijk niet tegen de uitoefening van repressieve controle en de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie daarvoor.

2.2.3 Verruiming van de wettelijke definitie

Op 1 februari 2007 is de wet ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven in werking getreden. Met deze wet is onder andere de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden ver-

15 In dit art. 132a Sv wordt gesproken van opsporingsonderzoek en niet *sec* van opsporing. In de parlementaire geschiedenis wordt evenwel de definitie van art. 132a Sv consequent gepresenteerd als de definitie van het opsporingsbegrip.

16 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 6 en *Kamerstukken II* 1997/98, 25 403, nr. 7, p. 17.

17 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 403, nr. 3, p. 7.

ruimd. Thans is het mogelijk dat die bevoegdheden worden toegepast op basis van ‘aanwijzingen van een terroristisch misdrijf’. Dit criterium komt te staan naast de twee verdenkingscriteria zoals tot dan toe gehanteerd in de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden. Dat brengt met zich dat het tot dan toe geldende opsporingsbegrip van art. 132a Sv niet ongewijzigd kan worden gehandhaafd, omdat daarin juist de beide verdenkingscriteria tot uitgangspunt worden genomen. De minister kiest er niet voor om het criterium van de aanwijzingen toe te voegen aan de beide verdenkingscriteria, maar opteert voor de volgende omschrijving van het opsporingsbegrip:

‘Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.’

Deze nieuwe definitie van het opsporingsbegrip heeft in zekere zin een ‘neutraal’ karakter: wat de voorwaarden voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden zijn, wordt per bevoegdheid geregeld.¹⁸

Deze verruiming van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv houdt niet alleen verband met de gewenste aanpassing van de regeling van de bijzondere opsporingsbevoegdheden met het oog op het voorkomen en het bestrijden van terrorisme. De minister geeft aan, zij het nogal verhullend, dat de nieuwe definitie van art. 132a Sv is ontleend aan een voorstel dat hieromtrent is gedaan in het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*.¹⁹ Knigge en Kwakman hebben binnen dit onderzoeksproject een uitvoerig rapport geschreven waarin wordt gepleit voor een ruime definitie van het opsporingsbegrip waarin het doel van het onderzoek centraal staat.²⁰ Het nieuwe opsporingsbegrip is daarom in een bredere context van belang, onder andere waar het gaat om de relatie tussen het nieuwe opsporingsbegrip enerzijds en de bijzondere wetgeving en het toezicht anderzijds.

De nieuwe omschrijving van opsporing in art. 132a Sv sluit aan, zo komt naar voren in de wetsgeschiedenis, op de wijze waarop in de bijzondere wetgeving het begrip opsporing wordt gehanteerd. Anders gezegd: opsporing in de zin van art. 132a Sv omvat ook hetgeen de minister eerder aanduidde als ‘opsporing in ruime zin’. In zoverre brengt het nieuwe opsporingsbegrip geen veranderingen in de concrete toepassingsmogelijkheden van de onderzoeksbevoegdheden die in bijzondere wetten zijn neergelegd. De minister benadrukt voorts dat het doel van het onderzoek het centrale criterium is: ‘Voor zover met het oog op de naleving van deze voorschriften tevens zou zijn voorzien in een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium, bepaalt steeds het doel van het onderzoek of sprake is van opsporing of toezicht.’²¹ De consequentie daarvan is dat, indien sprake is van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen, buiten twijfel staat dat de officier van justitie op grond van art. 148 Sv het

18 *Kamerstukken II 2005/06*, 30 164, nr. 7, p. 24-25.

19 Vgl. *Kamerstukken II 2005/06*, 30 164, nr. 7, p. 26.

20 Knigge en Kwakman 2001, p. 243-347.

21 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 164, nr. 3, p. 17.

gezag uitoefent over de opsporing alsmede dat de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv van kracht is.

De Hoge Raad heeft, naar het mij voorkomt, vooralsnog de consequenties van het (nieuwe) opsporingsbegrip in relatie tot art. 152 Sv niet volledig doordacht. In een recent arrest overweegt de Hoge Raad dat de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv niet ziet op een aan het opsporingsonderzoek voorafgaande fase waarin door opsporingsambtenaren met het oog op een mogelijk opsporingsonderzoek informatie wordt vergaard, maar nog geen sprake is van verdenking van een strafbaar feit, dat wil zeggen: van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is of wordt gepleegd. Tegelijkertijd brengt de Hoge Raad tot uitdrukking dat, al naar gelang de aard en de omvang van het in die fase verrichte onderzoek, verslaglegging in enigerlei vorm niet achterwege mag blijven.²² Naar mijn mening valt deze ‘voorafgaande fase’ onder de reikwijdte van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv, mits de informatievergaring ‘in verband met strafbare feiten’ plaatsvindt. Daarvoor is niet vereist dat reeds een verdenking is gerezen. Het vergaren van informatie met het oog op een mogelijk strafrechtelijk onderzoek, laat zich tevens aanmerken als het nemen van een strafvorderlijke beslissing, namelijk het al dan niet uitvoeren van verder onderzoek naar het begaan zijn van een strafbaar feit.²³ In het licht van art. 132a Sv heeft de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv daarom eigenlijk al betrekking op de gehele periode waarin ook de Hoge Raad het aangewezen acht dat verslaglegging plaatsvindt.

2.3 *De elementen van het opsporingsbegrip*

Het opsporingsbegrip zoals dat thans in art. 132a Sv is neergelegd, betreft een ruim en open begrip dat een variëteit aan strafrechtelijk relevant onderzoek omvat. Juist door deze ruime en open invulling is het huidige opsporingsbegrip in principe geschikt om het beginpunt van de strafvordering te markeren. Het strafvorderlijke stelsel van normen en waarborgen ziet immers – en behoort ook te zien – op alle vormen van onderzoek die zich richten op de strafrechtelijke handhaving van de wet, waaronder ook het repressieve toezicht. Daarbij heeft een ruime en open invulling van het opsporingsbegrip het voordeel dat verwarrende onderscheidingen zoals opsporing in beperkte en ruime zin voortaan achterwege kunnen blijven. Toch moet niet te vroeg worden gejuicht. Want ook de huidige definitie van het opsporingsbegrip roept weer vragen op die van belang zijn voor de afbakening van de mogelijkheden van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Deze vragen worden in paragraaf 2.4 nader besproken en, voor zover mogelijk, van een antwoord voorzien. Daaraan voorafgaand is het nuttig nader stil te staan bij de elementen van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv.

De huidige wettelijke definitie van opsporing in art. 132a Sv valt uiteen in drie elementen. Het betreft *a.* ‘het onderzoek in verband met strafbare feiten’, *b.* ‘onder gezag van de officier van justitie’ en *c.* ‘met als doel het nemen van

22 HR 5 oktober 2010, *LJN* BL5629.

23 Zie daarover paragraaf 2.3.

strafvorderlijke beslissingen'. Het eerste element draagt nauwelijks bij aan de afbakening, in die zin dat onderzoek dat geen enkel verband houdt met strafbare feiten, nimmer zal (kunnen) leiden tot het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Tegelijkertijd geldt dat onderzoek dat wel verband houdt met strafbare feiten, niet noodzakelijkerwijs tot doel behoef te hebben het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Het is – in theorie – mogelijk dat het onderzoek uitsluitend wordt uitgevoerd met het oog op het verbinden van bestuursrechtelijke consequenties aan bepaalde gedragingen. Dergelijk onderzoek valt buiten het opsporingsbegrip.²⁴ Het opsporingsbegrip ziet derhalve, zo zou men kunnen stellen, op onderzoek dat erop gericht is strafbare feiten aan het licht te brengen, ook al bestaat nog geen concreet zicht op die feiten.

Bij het nemen van strafvorderlijke beslissingen gaat het om het nemen van al die beslissingen die relevant zijn met het oog op de naar aanleiding van een strafbaar feit op te leggen sancties, maatregelen of voorzieningen. Daaronder vallen niet alleen de vervolgings- en bewijsbeslissing, maar bijvoorbeeld ook de beslissing tot aanhouding van de verdachte.²⁵ De aard van het onderzoek is bepalend of van opsporing sprake is: is het onderzoek (in verband met strafbare feiten) dat wordt uitgevoerd – mede – gericht op het nemen van een dergelijke strafvorderlijke beslissing? Overigens moet men, anders dan uit de wetsgeschiedenis zou kunnen worden afgeleid,²⁶ in het element 'met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen' niet een doelbindingsvereiste lezen.²⁷ Art. 132a Sv bevat 'slechts' een definitie. Het is juist de kwalificatie van onderzoekshandelingen als opsporing, die met zich brengt dat de strafvorderlijke normering – waaronder ook het vereiste van doelbinding – van toepassing is.²⁸

Het is lastig om de betekenis van het element 'onder gezag van de officier van justitie' te duiden.²⁹ De tekst van art. 132a Sv suggereert immers dat er sprake moet zijn van het gezag van de officier van justitie, wil men van opsporing kunnen spreken. Dat lijkt geen gelukkig gekozen constructie te zijn. Het gaat hier immers, zoals in de wetsgeschiedenis ook met zoveel woorden tot

24 Vgl. ook Reijntjes 2009, p. 38.

25 Zie *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 7. Vgl. ook *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 17-18.

26 *Kamerstukken II 1997/98*, 25 403, nr. 7, p. 17. Dat de minister refereert aan het vereiste van doelbinding is overigens begrijpelijk tegen de achtergrond van de doelstelling van de wet bijzondere opsporingsbevoegdheden, namelijk het versterken van de wettelijke normering van opsporingsbevoegdheden.

27 Anders: Reijntjes 2009, p. 230. Reijntjes lijkt dit element uitsluitend op te vatten als een vereiste van doelbinding en beschouwt dit element als overbodig. Daarmee wordt naar mijn mening miskend dat juist het al dan niet bestaan van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen (mede) beslissend is voor het al dan niet kunnen spreken van opsporing.

28 Het vereiste van doelbinding – ook aan te duiden als het verbod van misbruik van recht, het verbod van détournement de pouvoir of het beginsel van zuiverheid van oogmerk – vloeit voort uit de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht. Zie Corstens 2008, p. 69-70.

29 Aanvankelijk sprak art. 132a Sv van 'onder leiding van de officier van justitie'. Dit wordt vervangen door 'onder gezag van de officier van justitie', teneinde tot uitdrukking te brengen dat de officier van justitie niet in alle gevallen daadwerkelijk leiding geeft, maar wel telkens de verantwoordelijkheid draagt voor en de zeggenschap heeft over het opsporingsonderzoek. Zie *Kamerstukken II 2004/05*, 30 164, nr. 3, p. 16.

uitdrukking wordt gebracht, om het gezag van de officier van justitie *over* de opsporing. Men moet dus, strikt genomen, eerst vaststellen dat er sprake is van opsporing, alvorens van dat gezag sprake is. Daarom zou men – op het eerste gezicht – kunnen stellen dat de vermelding van het gezag van de officier van justitie in art. 132a Sv niet alleen overbodig is, maar ook verwarrend werkt. Hierna zal evenwel blijken dat deze vermelding toch niet zo maar kan worden genegeerd.

2.4 Afbakening met bestuursrechtelijke handhaving

Uit de bespreking van de elementen van het opsporingsbegrip volgt dat voor het al dan niet kunnen spreken van opsporing het element ‘met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen’ een prominente rol speelt. Het is dan ook aan de hand van dit element dat onderscheid zou moeten kunnen worden gemaakt tussen toezicht en opsporing. Dit veronderstelt dat betrekkelijk eenvoudig kan worden bepaald of van een dergelijke gerichtheid sprake is. Maar is dat ook zo? Is er bijvoorbeeld al sprake van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen indien de informatie die met behulp van in het kader van het bestuursrechtelijke toezicht toegekende bevoegdheden wordt verkregen, enige strafrechtelijke relevantie heeft? Of is dat nog onvoldoende?

Peçi en Sikkema hebben in 2008 aandacht gevraagd voor deze kwestie.³⁰ Zij geven het voorbeeld van de uitoefening van de toezichthoudende taak door functionarissen van de AFM. Deze functionarissen zijn uitsluitend met toezicht belast en beschikken niet over opsporingsbevoegdheden.³¹ De activiteiten waarop de AFM toezicht houdt, kunnen, indien de regels worden overtreden, leiden tot verschillende administratieve maatregelen, waaronder het opleggen van (forse) bestuurlijke boetes. Sommige overtredingen hebben tevens als economisch delict te gelden.³² Dat betekent dat de resultaten die worden vergaard met behulp van de toezichtbevoegdheden, zeer relevant kunnen zijn voor een eventuele strafrechtelijke vervolging. Het onderzoek van de AFM kan er daarbij mede toe strekken om te kijken of de ernst van de overtreding dusdanig is dat er geen bestuurlijke maatregelen worden getroffen, maar aangifte wordt gedaan van een strafrechtelijke overtreding. In een dergelijk geval kan worden gezegd dat het onderzoek van de AFM eruit bestaat dat er onderzoek wordt gedaan naar een mogelijk strafbaar feit. Is er bij dit onderzoek – van overheidswege – sprake van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen? Peçi en Sikkema menen dat dit het geval is: het gaat hier om repressieve controle en die vorm van controle moet in beginsel onder het nieuwe opsporingsbegrip worden begrepen. Wel zien zij een ander beletsel om van opsporing in de zin van art.

30 Peçi en Sikkema 2008, p. 360-361.

31 Hetzelfde kan worden gezegd van andere toezichthouders, zoals De Nederlandsche Bank. Zie voor een uitvoerige beschrijving van de positie van de AFM in de strafrechtspleging Luchtman 2007a, p. 115-124.

32 Zie ook hoofdstuk 10 (Lamp) en hoofdstuk 17 (Duker).

132a Sv te spreken: ‘Omdat de officier van justitie geen gezag heeft over dit onderzoek is geen sprake van opsporing in de zin van artikel 132a Sv.’³³

Het is de vraag of men juist om deze reden niet van opsporing kan spreken. Het argument van Peçi en Sikkema geldt alleen indien men het gezag van de officier van justitie als een constitutief element van de definitie van het opsporingsbegrip beschouwt. Aan het slot van paragraaf 2.3 is evenwel aan de orde gesteld dat dit element niet thuis lijkt te horen in die definitie: dat gezag gaat niet aan de opsporing vooraf, maar is een direct gevolg daarvan. Betoogd zou kunnen worden – maar of dat ook juist is, staat in deze paragraaf ter discussie – dat men het gezag van de officier van justitie moet opvatten als een overbodig onderdeel van de definitie van art. 132a Sv, althans dat de wetgever dit onderdeel niet als constitutief element heeft bedoeld.³⁴ De consequentie van die opvatting zou zijn dat in het door Peçi en Sikkema gegeven voorbeeld wel sprake zou zijn van opsporing. Interessant is nu dat Peçi en Sikkema zich, in relatie tot het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen, beroepen op het rapport dat Knigge en Kwakman hebben geschreven in het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001*.³⁵ In dat rapport wordt de repressieve controle ogenschijnlijk zonder beperking onder het opsporingsbegrip geschaard. Tegelijkertijd bevat dat rapport ook een duidelijk aanknopingspunt dat op dit onderdeel toch een zekere beperking bestaat. Relevant is de volgende passage uit hun rapport:

‘Tot de taak van de toezichthoudende ambtenaar kan gerekend worden dat hij alert is op mogelijke strafbare feiten. Constataert hij een wetsovertreding die voor strafrechtelijke afdoening in aanmerking komt, dan gaat hij zijn toezichthoudende taak niet te buiten als hij een opsporingsambtenaar inschakelt. Anders wordt het als de taak van de ambtenaar (mede) bestaat uit het gericht en stelselmatig speuren naar overtredingen die strafrechtelijk moeten worden afgedaan. Dat is een taak die onder verantwoordelijkheid van de officier van justitie dient te worden verricht. Toekenning van opsporingsbevoegdheid is daarvoor dus nodig.’³⁶

Het komt er dus op neer dat onderzoeksactiviteiten van ambtenaren die uitsluitend zijn aangesteld om toezicht uit te oefenen, niet als opsporing hebben te gelden indien de resultaten van deze activiteiten – op enigerlei moment – strafrechtelijk relevant blijken te zijn. Dat lijkt ook te gelden indien die ambtenaren bij de uitoefening van hun bevoegdheden doelgericht, maar zonder overschrijding van de eigen bevoegdheden, informatie verzamelen die nuttig is voor een strafrechtelijke afdoening. In de opvatting van Knigge en Kwakman lijkt veeleer de taakopdracht doorslaggevend te zijn: bestaat die – de regulier te verrichten – taak al dan niet mede uit het vergaren van informatie met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde?

33 Peçi en Sikkema 2008, p. 361.

34 Het is lastig om aan de hand van de wetsgeschiedenis uit te maken wat de wetgever nu precies voor ogen heeft gestaan. Zie daarover nader Borgers 2009, p. 41-47.

35 Peçi en Sikkema 2008, p. 360.

36 Knigge en Kwakman 2001, p. 305.

De benadering van Knigge en Kwakman lijkt op het eerste gezicht op een innerlijke tegenstrijdigheid te berusten. Enerzijds wordt in het voorstel ernaar gestreefd om alle onderzoek dat wordt verricht met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, onder het opsporingsbegrip te trekken. Dat laat, minst genomen, enige ruimte om het onderzoek door toezichtsfunctionarissen zoals dat in het gegeven voorbeeld aan de orde is, als opsporing aan te merken. Anderzijds is er in het voorstel van Knigge en Kwakman sprake van een zekere exclusiviteit van het uitoefenen van de opsporingstaak: dit kan niet door een ieder, maar alleen door daartoe aangewezen en daarvoor gekwalificeerde personen geschieden. Om die reden wordt de opsporingstaak opgedragen aan de in art. 141 en 142 Sv genoemde ambtenaren. Deze ambtenaren staan onder het gezag van de officier van justitie, terwijl de eisen die aan hen (kunnen) worden gesteld een waarborg vormen voor een juiste uitoefening van de opsporingstaak. Uit de beschouwingen van Knigge en Kwakman lijkt te moeten worden opgemaakt dat de verruiming van het opsporingsbegrip niet zozeer tot doel heeft om het werk van toezichthoudende functionarissen onder omstandigheden als opsporing aan te kunnen merken. Veeleer gaat het om het omgekeerde, namelijk dat het niet nodig is om opsporingsambtenaren nog eens afzonderlijk met een toezichthoudende taak te belasten met het oog op het uitoefenen van repressieve controle.³⁷ Die repressieve controle valt immers onder het opsporingsbegrip (en dus ook de opsporingstaak). Bovendien is het trekken van een ondergrens hier ook van belang teneinde duidelijk te maken dat de uitoefening van opsporingsbevoegdheden niet aan de orde is indien er (uiteindelijk) alleen bestuursrechtelijke handhaving plaatsvindt.³⁸ Een al te ruime invulling van het opsporingsbegrip zou op dit punt misverstanden kunnen wekken.

Gelet op het vorenstaande zou op twee mogelijke manieren kunnen worden bepaald of er sprake is van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen: aan de hand van de (potentiële) relevantie van de resultaten van de ontplooiende of te ontplooiende onderzoeksactiviteiten voor een strafrechtelijke aanpak van een bepaalde gedraging, dan wel aan de hand van de taakopdracht van de betrokken ambtenaren. Men zou dat kunnen duiden als een ruime, materiële benadering tegenover een meer beperkte, formele benadering. Welke benadering ligt nu ten grondslag aan art. 132a Sv? Dat is lastig te zeggen. De summiere toelichting die in de wetsgeschiedenis wordt gegeven op de betekenis van het nieuwe opsporingsbegrip voor het onderscheid tussen toezicht en opsporing, biedt eenvoudig onvoldoende bruikbare aanknopingspunten om een helder antwoord op die vraag te formuleren. Wel zou men kunnen betogen dat, wanneer men niet alleen naar het opsporingsbegrip kijkt maar in bredere zin naar het strafvorderlijke stelsel, men er weinig mee opschiet om – onverkort – de geschetste materiële benadering tot uitgangspunt te nemen. Want stel dat men aanneemt dat er in het gegeven voorbeeld moet worden gesproken van opsporing. Wat zou dat voor consequenties hebben? In het stramien van de wetsgeschiedenis zou men in elk geval verwachten: de officier van justitie heeft het gezag en de verbaliseringsplicht is van toepassing. Daaraan zou ook nog de

37 Vgl. Knigge en Kwakman 2001, p. 305.

38 Vgl. Knigge en Kwakman 2001, p. 340.

toepasselijkheid van art. 359a Sv kunnen worden toegevoegd. Echter, in de wet komt dit niet, althans niet zonder meer, tot uitdrukking. Op de voet van art. 148 lid 2 Sv kan de officier van justitie alleen bevelen geven aan personen die met opsporing zijn belast, dat wil zeggen: opsporingsambtenaren in de zin van art. 141 en 142 Sv. Dat zijn de in het voorbeeld genoemde toezichtsfuctionarissen evenwel niet. Om diezelfde reden is ook de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv niet van toepassing.³⁹ Toepasselijkheid van art. 359a Sv is niet *expressis verbis* uitgesloten, maar een knelpunt lijkt te zijn dat het Openbaar Ministerie – gegeven het ontbreken van zeggenschap op de voet van art. 148 lid 2 Sv – niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor eventuele onregelmatigheden bij het onderzoek zoals dat door de toezichtsfuctionarissen is verricht.⁴⁰

Gelet op dit strafvorderlijke stelsel valt er naar mijn mening het nodige voor te zeggen om bij de uitleg van het nieuwe opsporingsbegrip aansluiting te zoeken bij de formele benadering zoals die door Knigge en Kwakman wordt gehanteerd. Dat wordt bewerkstelligd door het gezag van de officier van justitie als een constitutief element te beschouwen. De consequentie daarvan is dat van opsporing alleen sprake is indien het onderzoek (in verband met strafbare feiten) wordt uitgevoerd door personen die (mede) zijn aan te merken als opsporingsambtenaren in de zin van art. 141 en 142 Sv, en derhalve door personen die (mede) tot taak hebben het vergaren van informatie met het oog op de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Er doen zich dan geen knelpunten voor met betrekking tot het gezag van de officier van justitie, de verbaliseringsplicht en de toepasselijkheid van art. 359a Sv. Het is daarbij niet onaannemelijk dat de wetgever ook de keuze voor deze formele benadering heeft willen maken, gelet op het feit dat het rapport van Knigge en Kwakman mede aan de basis van de huidige formulering van art. 132a Sv heeft gelegen.⁴¹ Maar let wel, het gaat hier om de duiding van een keuze die impliciet aan het nieuwe opsporingsbegrip van art. 132a Sv ten grondslag ligt. Daarmee is geenszins gezegd dat een andere of ruimere uitleg van het opsporingsbegrip niet verdedigbaar zou zijn. Een dergelijke keuze zou echter wel vereisen dat, wil het zinvol zijn om van opsporing te spreken, de nodige aanpassingen in het strafvorderlijke stelsel worden aangebracht teneinde (onder andere) het gezag van de officier van justitie handen en voeten te geven en de gewenste reikwijdte van de verbaliseringsplicht te realiseren.

2.5 Slotsom

De vorenstaande beschouwing laat zien dat ondanks de verruiming en vereenvoudiging van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv in 2007 de duiding van de verhouding tussen toezicht, controle en opsporing nog steeds niet eenvoudig is. Onduidelijk is vooral of in de ogen van de minister een materiële dan wel een

39 Vgl. ook J.M. Reijntjes, in: Melai/Groenhuijsen, aant. 3 op artikel 152 (suppl. 148).

40 Zie paragraaf 4.4.

41 Vgl. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 164, nr. 7, p. 26.

formele benadering van het doel van het nemen van strafvorderlijke beslissingen geboden is. Uitgaande van de hier voorgestane formele benadering geldt dat het opsporingsbegrip van art. 132a Sv niet ziet op de activiteiten van functionarissen die uitsluitend met bestuursrechtelijk toezicht zijn belast, ook niet indien de resultaten van deze activiteiten – mogelijk – relevant zijn voor een strafrechtelijk traject. Het opsporingsbegrip heeft wel relevantie voor de activiteiten van functionarissen die uitsluitend met opsporing zijn belast of die zowel met toezicht als met opsporing zijn belast. Zodra de activiteiten van een dergelijke functionaris zijn gericht op het nemen van strafvorderlijke beslissingen, is sprake van opsporing. Alsdan worden die activiteiten beheerst door het strafvorderlijke normenstelsel. In het bijzonder geldt dan het gezag van de officier van justitie op grond van art. 148 Sv alsmede de verbaliseringsplicht van art. 152 Sv, terwijl ook art. 359a Sv van toepassing is op onregelmatigheden die mogelijk bij die activiteiten plaatsvinden.

3 Onderzoek op basis van bijzondere wetgeving

3.1 Gefragmenteerde regelgeving

De bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving kent elk een eigen algemene wettelijke regeling. Met het oog op bestuursrechtelijke handhaving verschaft hoofdstuk 5 van de Algemene wet bestuursrecht in titel 5.2 diverse bevoegdheden met betrekking tot het 'toezicht op de naleving'. Deze bevoegdheden worden uitgeoefend door toezichthouders.⁴² Tot deze bevoegdheden behoren het betreden van plaatsen, het vorderen van inlichtingen en van inzage in bepaalde gegevens en bescheiden, het nemen van monsters en het onderzoeken van vervoermiddelen (art. 5:15-5:19 Awb). Een ieder is verplicht aan een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden, zij het dat bepaalde geheimhouders hun medewerking mogen weigeren (art. 5:20 Awb). Voor wat betreft de strafrechtelijke handhaving bevat het Wetboek van Strafvordering tal van bevoegdheden die in het kader van de opsporing mogen worden uitgeoefend. Welke bevoegdheden dat zijn, wordt hier bekend verondersteld. De uitoefening van deze bevoegdheden geschiedt in de regel door (gewone en buitengewone) opsporingsambtenaren, onder gezag van de officier van justitie.⁴³ In het Wetboek van Strafvordering is geen algemene medewerkingsplicht opgenomen, al betekent het niet verlenen van medewerking veelal dat er wordt overgaan tot het toepassen van dwangmiddelen.

In de bijzondere wetgeving treft men ook talrijke voorschriften aan die voor de handhaving van de wet relevant zijn en die doorgaans een aanvulling vormen

42 Toezichthouders zijn de personen die bij of krachtens wettelijk voorschrift zijn belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde of krachtens enig wettelijk voorschrift (art. 5:11 Awb).

43 Vgl. art. 141, 142 en 148 Sv.

op de algemene wettelijke regelingen. Sommige van deze voorschriften houden verband met bestuursrechtelijke handhaving, andere weer met strafrechtelijke handhaving. Maar de scheidslijn ligt niet altijd even duidelijk, omdat er ook voorschriften zijn die zowel trekken van toezicht als van opsporing vertonen. Het gaat de omvang van dit hoofdstuk te buiten om alle relevante voorschriften in de bijzondere wetgeving te bespreken.⁴⁴ Derhalve wordt – in paragraaf 3.2 en 3.3 – volstaan met een impressie in de vorm van een summier overzicht van de onderzoeksbevoegdheden in de Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR) en de Wet op de economische delicten (WED). Ook worden enkele opmerkingen gemaakt over de organisatie van het onderzoek en het gezag daarover in de context van de bijzondere wetgeving (paragraaf 3.4). Tot slot wordt besproken in hoeverre de aan de orde gekomen zijnde bevoegdheden al dan niet kunnen worden gekwalificeerd als opsporing in de zin van art. 132a Sv (paragraaf 3.5).

3.2 Onderzoeksbevoegdheden in de AWR

In de AWR treft men in artt. 47-56 voorschriften aan omtrent ‘verplichtingen ten dienste van de belastingheffing’.⁴⁵ De bevoegdheden die in deze voorschriften worden verstrekt, worden wel aangeduid als controlebevoegdheden.⁴⁶ Een belangrijk deel van deze bevoegdheden ziet op verplichtingen tot het verstrekken van gegevens, inlichtingen en diverse soorten bescheiden aan de belastinginspecteur. De bevoegdheden kunnen niet alleen worden uitgeoefend door de belastinginspecteur, maar ook door elke andere ambtenaar van de rijksbelastingdienst die daartoe is aangewezen.

In hoofdstuk IX van de AWR worden ‘algemene bepalingen van strafvordering’ gegeven, waaronder verschillende bevoegdheden voor het opsporen van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten (art. 80-83). Deze bevoegdheden komen niet alleen toe aan ‘gewone’ opsporingsambtenaren in de zin van art. 141 Sv, maar blijktens art. 80 lid 1 AWR ook aan ‘de ambtenaren van de rijksbelastingdienst’.⁴⁷ De opsporingsbevoegdheden betreffen – kort gezegd – het in beslag nemen van voorwerpen, het vorderen van uitlevering en het betreden van plaatsen.⁴⁸ De normering van deze bevoegdheden wijkt tot op zekere hoogte af van de normering van de soortgelijke bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering. Zo beschikken opsporingsambtenaren in het kader van de ‘commune’ strafvordering over een algemene inbeslagnemingsbevoegdheid, maar zij mogen deze op grond van art. 96 lid 1 Sv slechts uitoefenen bij ontdekking op

44 Een uitvoerige uiteenzetting treft men onder andere aan bij Brouwer 1999.

45 Zie hierover ook hoofdstuk 8 (De Bont en De Haas).

46 Zie Valkenburg 2007, p. 85. Deze term wordt ook gebezigd door de Hoge Raad, onder andere in HR 26 april 1988, NJ 1989, 390 (m.nt. ThWvV).

47 De tekst van de wet suggereert aldus dat elke belastingambtenaar als buitengewoon opsporingsambtenaar – in de zin van art. 142 lid 1, sub c, Sv – heeft te gelden, maar dat is praktisch gezien niet (meer) het geval. Alleen ambtenaren die voldoen aan de vakbekwaamheidseisen, kunnen worden beëdigd als buitengewoon opsporingsambtenaar. Vgl. art. 142 lid 4 Sv en voorts Valkenburg 2007, p. 84.

48 Zie meer uitvoerig Valkenburg 2007, p. 87-97.

heterdaad of in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in art. 67 lid 1 Sv.⁴⁹ Deze beperking kent art. 81 AWR niet: de inbeslagnemingsbevoegdheid bestaat ‘te allen tijde’, mits de inbeslagneming plaatsvindt met het oog op het opsporen van bij de belastingwet strafbaar gestelde feiten. Een vergelijkbaar verschil bestaat tussen de bevoegdheid tot het vorderen van uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen in art. 81 AWR en de vergelijkbare bevoegdheid van art. 96a lid 1 Sv, alsmede tussen de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen in art. 83 AWR en de ‘commune’ evenknie van art. 96 lid 1 Sv.

Voor wat betreft de bevoegdheid tot het vorderen van uitlevering van voor inbeslagneming vatbare voorwerpen springt in het oog dat art. 81 AWR een belangrijke beperking ontbeert die wel is opgenomen in art. 96a lid 2 Sv (en art. 105 lid 3 Sv), namelijk dat het bevel niet tot de verdachte mag worden gericht.⁵⁰ De consequentie daarvan is dat met het oog op de opsporing van fiscale delicten een bevel tot uitlevering kan worden gegeven aan de verdachte,⁵¹ en dat indien de verdachte die bevel niet nakomt, hij daarvoor strafbaar is wegens het niet voldoen aan een ambtelijk bevel (art. 184 Sr).

3.3 Onderzoeksbevoegdheden in de WED

Titel III van de WED is genaamd ‘van de opsporing’. In deze titel worden diverse bevoegdheden verstrekt die ‘in het belang van de opsporing’ kunnen worden uitgeoefend door opsporingsambtenaren.⁵² Art. 17 WED wijst in dat verband aan wie met de opsporing van economische delicten zijn belast.⁵³ Naast opsporingsambtenaren in de zin van art. 141 Sv, gaat het om door de minister van Justitie aangewezen ambtenaren alsmede de ambtenaren van de rijksbelastingdienst voor zover deze bevoegd zijn inzake douane. Tot de bevoegdheden voor de opsporing van economische delicten behoren: het in beslag nemen van voorwerpen, het geven van een bevel tot uitlevering, het vorderen van inzage in gegevens en bescheiden, het betreden van plaatsen, het nemen van monsters en het onderzoeken van zaken en vervoermiddelen.⁵⁴

Voor elk van de in de WED gegeven opsporingsbevoegdheden wordt expliciet bepaald dat deze worden uitgeoefend ‘in het belang van de opsporing’. Deze clausule heeft in het verleden – toen overigens alleen art. 21, 22 en 23 WED spraken over ‘in het belang van de opsporing’ – de vraag opgeroepen of hiermee tot uitdrukking wordt gebracht dat voor de toepassing van de desbetreffende bevoegdheden een verdenkingsvereiste (in de zin van art. 27 lid 1 Sv)

49 Zie daarnaast, in verband met staandehouding en aanhouding, art. 95 lid 1 Sv.

50 Overigens is ook art. 96a lid 3 Sv, dat betrekking heeft op verschoningsgerechtigden, niet van overeenkomstige toepassing verklaard. Niettemin zijn professionele verschoningsgerechtigden niet verplicht te voldoen aan het bevel tot uitlevering. Zie daaromtrent Brouwer 1999, p. 126-129.

51 HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 (m.nt. ThWvV) en HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232 (m.nt. Sch). Zie nader Brouwer 1999, p. 114-117.

52 Zie voor een meer uitvoerige beschrijving onder andere Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 72-120 en Mulder/Doorenbos 2008, p. 100-109.

53 Zie daarnaast art. 23a WED.

54 Art. 18-23 WED.

geldt. Met andere woorden: ligt in deze clausule het – toentertijd wel gebezigde – klassieke opsporingsbegrip besloten? De Hoge Raad heeft in een zaak waarin het draaide om de toepassing van de bevoegdheid tot het onderzoeken van vervoermiddelen (art. 23 WED), overwogen dat in de clausule ‘in het belang van de opsporing’ niet impliciet een verdenkingsvereiste besloten ligt.⁵⁵ Daarbij heeft de Hoge Raad aansluiting gezocht bij een passage uit de memorie van antwoord behorend bij een wetsvoorstel ter nadere wijziging van de WED uit 1969.⁵⁶ Blijkens die wetsgeschiedenis volstaat dat er sprake is van ‘aanwijzingen, dat een economisch voorschrift niet is nageleefd’. Voorts wordt benadrukt dat de toepassing van de bevoegdheden ‘in het kader van een administratief toezicht, zonder dat direct gezegd kan worden dat dit in het belang van de opsporing geschiedt’ niet is toegelaten. Aldus wordt tot uitdrukking gebracht dat de clausule ‘in het belang van de opsporing’ niet is geënt op het klassieke opsporingsbegrip, maar dat de uitoefening van de bevoegdheden wel (mede) dient te geschieden met het oog op strafrechtelijke handhaving.

Waar de clausule ‘in het belang van de opsporing’ aanvankelijk – zoals aangegeven – alleen in enkele WED-bevoegdheden was opgenomen, is ter gelegenheid van de derde tranche van de Awb die clausule in alle WED-opsporingsbevoegdheden opgenomen.⁵⁷ Met de introductie van de toezichtbevoegdheden van hoofdstuk 5 van de Awb is er namelijk voor gekozen om deze bevoegdheden en de WED-bevoegdheden te harmoniseren, niet alleen omdat deze bevoegdheden een zekere mate van overlap vertonen maar ook teneinde te voorkomen dat een persoon die zowel toezichthouder als opsporingsambtenaar is, wordt geconfronteerd met verschillen in de reikwijdte van die bevoegdheden.⁵⁸ Tegelijkertijd wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat toezichtbevoegdheden ‘niet [mogen] worden benut met het uitsluitende doel (strafbare) overtredingen vast te stellen met het oog op een strafrechtelijke afdoening’.⁵⁹ Wanneer uitsluitend dat doel aan de orde is, is toepassing van de WED-bevoegdheden aangewezen. Dat komt tot uitdrukking door de clausule ‘in het belang van de opsporing’ in de desbetreffende WED-bepalingen.⁶⁰

Kenmerkend voor de regeling van de opsporingsbevoegdheden in de WED is voorts dat ‘een ieder’ verplicht is aan de opsporingsambtenaren alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kunnen vorderen bij de uitoefening van hun bevoegdheden (art. 24a lid 1 WED). Uitsluitend professionele verscho-

55 HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633 (m.nt. ThWvV).

56 *Kamerstukken II* 1968/69, 9608, nr. 5, p. 2. Bij een latere gelegenheid heeft de minister betoogd dat de WED-bevoegdheden niet kunnen worden gehanteerd indien er geen verdenking ter zake van een economisch delict bestaat. Zie voor een kritische bespreking van dit later ingenomen standpunt Aler 1982, p. 62-66, 82-91.

57 In de desbetreffende bepalingen is ook telkens de zinsnede opgenomen ‘voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van hun taak nodig is’. Aldus heeft de wetgever willen aansluiten bij de redactie van art. 5:13 Awb. Zie *Kamerstukken II* 1996/97, 25 464, nr. 3, p. 12. Met deze zinsnede worden voorts de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit tot uitdrukking gebracht. Zie Brouwer 1999, p. 50.

58 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 63.

59 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 64.

60 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 464, nr. 3, p. 12. Vgl. voorts, ook voor kritische kanttekeningen bij deze wetsgeschiedenis, Brouwer 1999, p. 48-50 en Gritter, Knigge en Kwakman 2005, p. 74-78.

ningsgerechtigden kunnen hun medewerking weigeren voor zover dat uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit (art. 24a lid 2 WED). Er is geen uitzondering op de medewerkingsplicht gecreëerd voor personen die worden verdacht van het begaan van een economisch delict (of een ander strafbaar feit). Het opzettelijk niet voldoen aan een vordering die door een opsporingsambtenaar op grond van de WED wordt gedaan, is als economisch delict strafbaar gesteld in art. 26 WED.

3.4 Organisatie en gezag

Bij de handhaving van voorschriften uit de bijzondere wetgeving zijn vele ambtenaren betrokken. De daaraan ten grondslag liggende wettelijke regelingen zijn complex en laten zich dan ook niet in een paar zinnen beschrijven.⁶¹ Op deze plaats wordt volstaan met twee algemene opmerkingen omtrent de organisatie van en het gezag over de handhaving van voorschriften uit de bijzondere wetgeving.

Allereerst is het van belang dat met de opsporing van de in de bijzondere wetgeving strafbaar gestelde feiten diverse categorieën opsporingsambtenaren zijn belast. In de praktijk zijn de belangrijkste spelers de opsporingsambtenaren die zijn verbonden aan de bijzondere opsporingsdiensten, alsmede de buitengewone opsporingsambtenaren. De bijzondere opsporingsdiensten opereren in principe alleen op specifieke beleidsterreinen. In de wet worden vier bijzondere opsporingsdiensten aangewezen: de Algemene Inspectiedienst (AID), de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD), Inlichtingen- en Opsporingsdienst van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (VROM-IOD) en de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst/Economische Controledienst (FIOD-ECD).⁶² Onder de categorie buitengewone opsporingsambtenaren vallen onder andere de personen die bij bijzondere wetten worden belast met de opsporing van de daarin bedoelde strafbare feiten of die bij verordening zijn belast met het toezicht op de naleving daarvan.⁶³ Binnen deze structuur is het mogelijk dat zich personele unies voordoen, in die zin dat een ambtenaar kan zijn belast met zowel toezicht in de zin van art. 5:11 Awb, als opsporing. Hoewel enkele jaren geleden met de reorganisatie van de bijzondere opsporing is gestreefd naar het aanbrengen van personele scheiding tussen toezichthouders en opsporingsambtenaren, vloeien uit de wet nog altijd weinig beletselen voort voor een vereniging van deze hoedanigheden in één persoon.⁶⁴

Op grond van art. 148 Sv oefent de officier van justitie het gezag uit over de opsporing en geeft hij daartoe bevelen aan (overige) personen die met opsporing zijn belast. Dat brengt met zich dat alle opsporingsambtenaren – dus ook

61 Zie voor een goed overzicht Kwakman 2002, p. 602-621. Vgl. voor wat betreft de AWR respectievelijk de WED Valkenburg 2007, p. 84-87 en Mulder/Doorenbos 2008, p. 100-102.

62 Zie art. 141 sub d Sv jo. art. 2 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten.

63 Zie art. 141 lid 1, sub c, Sv, waarin ook nog twee niet in de hoofdtekst genoemde beperkingen zijn opgenomen.

64 Zie daarover nader Luchtman 2007b, p. 674-675.

de ambtenaren die zijn verbonden aan bijzondere opsporingsdiensten, alsmede buitengewone opsporingsambtenaren – onder verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie hun activiteiten in het kader van de opsporing verrichten. Voor wat betreft de bijzondere opsporingsdiensten komt het gezag van het Openbaar Ministerie eveneens tot uitdrukking in art. 3 Wet op de bijzondere opsporingsdiensten. Daarbij ressorteren deze diensten onder het zogeheten functioneel parket van het Openbaar Ministerie.⁶⁵ Voor wat betreft de activiteiten van de FIOD-ECD is relevant dat art. 80 lid 4 AWR tot op zekere hoogte afbreuk doet aan het gezag van de officier van justitie. Op grond van dit voorschrift geldt dat de officier van justitie geen bevelen aan opsporingsambtenaren op de voet van art. 148 lid 2 Sv geeft in zaken waarin het bestuur van de Belastingdienst het proces-verbaal niet aan de officier van justitie heeft doen toekomen. Bij de beslissing of het proces-verbaal naar de officier van justitie wordt gezonden, heeft het bestuur van de Belastingdienst enige vrijheid (art. 80 lid 2 AWR). Hiermee wordt de officier van justitie op enige afstand geplaatst van de opsporing van fiscale delicten. Echter, tengevolge van de nauwe samenwerking tussen het Openbaar Ministerie, de Belastingdienst en FIOD-ECD, die plaatsvindt op grond van de zogeheten ATV-richtlijnen,⁶⁶ is de officier van justitie in de praktijk toch nauw betrokken bij de opsporing.⁶⁷ Niettemin laat dit voorbeeld zien dat binnen het veld van de handhaving van bijzondere wetten er diverse functionele lijnen zijn.⁶⁸ Dat geldt ook in relatie tot buitengewone opsporingsambtenaren, die hun opsporingstaak veelal combineren met een toezichthoudende taak. Voor wat betreft die laatste taak oefent het bestuursorgaan waaraan de desbetreffende ambtenaar is verbonden, zeggenschap uit, terwijl de uitoefening van de opsporingstaak onder gezag van de officier van justitie plaatsvindt.

3.5 Relatie met het opsporingsbegrip van art. 132a Sv

In relatie tot het gezag van het Openbaar Ministerie over – en daarmee de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor – de opsporing, is het zinvol de verschillende bevoegdheden die in deze paragraaf aan de orde zijn gekomen, te duiden aan de hand van het opsporingsbegrip van art. 132a Sv. De grenzen van de opsporing markeren immers de grenzen van dat gezag.

Het behoeft nauwelijks toelichting dat de toepassing van de hiervoor besproken opsporingsbevoegdheden die in de AWR en de WED zijn neergelegd, onder het opsporingsbegrip van art. 132a Sv kan worden geschaard. Het ontbreken van een verdenkingsvereiste vormt (tegenwoordig) geen discussiepunt, aangezien een dergelijke vereiste geen onderdeel uitmaakt van dat opsporingsbegrip. Voor de goede orde moet worden opgemerkt dat deze bevoegdheden niet onder het opsporingsbegrip vallen omdat deze in de bijzondere wetgeving

65 Vgl. art. 9 lid 3 en 148b Sv alsmede art. 137a Wet RO.

66 De Aanmeldings-, transactie- en vervolgingsrichtlijnen voor fiscale delicten en douane- en toelagen delicten, *Stert.* 2009, 20351. Zie in dit verband ook hoofdstuk 17 (Duker).

67 Zie nader Luchtman 2007a, p. 131-133, 145-147 en Valkenburg 2007, p. 87.

68 Vgl. Luchtman 2007a, p. 132: 'De FIOD-ECD heeft in wezen twee heren.'

als opsporingsbevoegdheden worden aangeduid, maar omdat uit het wettelijk kader volgt dat de toepassing van de bevoegdheden ziet op onderzoek dat verband houdt met strafbare feiten en plaatsvindt met het oog op het nemen van strafvorderlijke beslissingen. In verband met de in paragraaf 2.4 besproken materiële en formele benadering van het opsporingsbegrip kan nog worden genoteerd dat de hier aan de orde zijnde opsporingsbevoegdheden worden toegepast door ambtenaren die (mede) als opsporingsambtenaar (in de zin van art. 141 of 142 Sv) hebben te gelden. Gelet op zowel de gerichtheid van de bevoegdheden op het nemen van strafvorderlijke beslissingen alsmede de taakopdracht van de betrokken ambtenaren staat het buiten twijfel dat het Openbaar Ministerie gezag heeft over de uitoefening van deze opsporingsbevoegdheden en daarvoor ook de verantwoordelijkheid draagt.

Tegenover de opsporingsactiviteiten die door opsporingsambtenaren worden ontplooid, staan de activiteiten die worden verricht op basis van de bestuursrechtelijke bevoegdheden door personen die uitsluitend met toezicht zijn belast. Deze activiteiten kunnen informatie opleveren die relevantie heeft voor een strafrechtelijke afdoening en het is ook niet uitgesloten dat die activiteiten met het oog daarop plaatsvinden. Van opsporing in de zin van art. 132a Sv zou dan alleen sprake kunnen zijn indien men uitgaat van een materiële benadering van het opsporingsbegrip. Die benadering is in paragraaf 2.4 afgewezen, onder andere met als argument dat dit zou leiden tot de gewrongen situatie dat het Openbaar Ministerie verantwoordelijkheid zou dragen voor activiteiten waarover geen zeggenschap bestaat. Daarmee is overigens nog niets gezegd over de rechtmatigheid van de toepassing van toezichtbevoegdheden met als uitsluitend doel het vaststellen van wetsovertredingen met het oog op een strafrechtelijke afdoening.⁶⁹

Daarnaast bestaat er ook de 'mengvorm', waarin handhavingsactiviteiten worden verricht door een ambtenaar die zowel bestuursrechtelijk toezichthouder als opsporingsambtenaar is. Vanwege het feit dat deze ambtenaar tevens als opsporingsambtenaar is aangewezen, bestaat geen beletsel voor de gezagsuitoefening van het Openbaar Ministerie voor zover de activiteiten van deze ambtenaar als opsporing hebben te gelden.⁷⁰ Of van opsporing in de zin van art. 132a Sv sprake is, wordt in deze situatie bepaald door het doel waarmee de bevoegdheid wordt toegepast. Gaat het bij de toepassing van de desbetreffende bevoegdheid om onderzoek in verband met strafbare feiten en met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen? Zo ja, dan is er sprake van opsporing in de zin van art. 132a Sv en daarmee geldt ook dat het Openbaar Ministerie het gezag uitoefent over en dus verantwoordelijkheid draagt voor de desbetreffende activiteit van de toezichthouder tevens opsporingsambtenaar.

Aandacht verdient hierbij dat bepaalde bevoegdheden zowel op basis van de Awb als op de voet van bijzondere wetgeving kunnen worden toegepast. Zo kan

69 Zie daarover paragraaf 4.2.

70 In dat opzicht doet de complicatie van de materiële of formele benadering van het opsporingsbegrip zich hier niet voor.

inzage worden gevorderd in gegevens en bescheiden op basis van art. 5:17 Awb of op de voet van art. 19 WED. Hoewel de uitoefening van elk van deze bevoegdheden telkens gebonden is aan het doel waarvoor deze is gegeven, namelijk: toezicht dan wel opsporing, is het geenszins uitgesloten dat de bevoegdheidsuitoefening mede een ander doel dient.⁷¹ Beslissend voor de vraag of (tevens) van opsporing in de zin van art. 132a Sv sprake is, is dan ook niet zozeer de wettelijke bepaling die de betrokken ambtenaar aanwijst als grondslag voor de toepassing van de bevoegdheid, maar veeleer of de bevoegdheidsuitoefening in het concrete geval (mede) heeft te gelden als onderzoek in verband met strafbare feiten, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.

Met betrekking tot de laatst genoemde situatie moet nog worden opgemerkt dat het op het moment dat de activiteiten worden verricht, wellicht niet altijd glashelder zal zijn welk doel wordt gediend.⁷² Door de nauwe verwevenheid van de bestuursrechtelijke toezichtbevoegdheden en de opsporingsbevoegdheden in de bijzondere wetgeving wordt de betrokken ambtenaar ook niet gedwongen om zich daar telkens op te beraden. Tot op zekere hoogte zal achteraf een reconstructie moeten worden gemaakt. De consequentie daarvan is dat het Openbaar Ministerie er alert op moet zijn dat het voldoende wordt betrokken bij toezichtsactiviteiten die op enigerlei moment kunnen overgaan in opsporing (en daarmee onder het gezag van en dus de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie komen te vallen). Bovendien geldt dat, in de situatie dat toezichtsactiviteiten mede hebben te gelden als opsporing in de zin van art. 132a Sv, dat zowel het bestuursorgaan als het Openbaar Ministerie zeggenschap hebben over en verantwoordelijkheid dragen voor de werkzaamheden van de betrokken ambtenaar. Om deze redenen is afstemming noodzakelijk tussen het Openbaar Ministerie en het bestuursorgaan dat verantwoordelijk is voor het toezicht. Illustratief is de in paragraaf 3.4 aangestipte samenwerking tussen het Openbaar Ministerie, de Belastingdienst en FIOD-ECD op basis van de ATV-richtlijnen.

4 Normering van sfeerovergang en sfeercumulatie

4.1 Inleiding

De beschrijving van de onderzoeksbevoegdheden in de bijzondere wetgeving in paragraaf 3 laat zien dat de diverse bevoegdheden inhoudelijk veel verwantschap vertonen – niet in de laatste plaats ten gevolge van de ‘harmonisatie’ van de WED-bevoegdheden met de toezichtbevoegdheden in de Awb. Voorts zijn vrijwel alle bevoegdheden, of deze nu op bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke handhaving zijn gericht, gekoppeld aan een medewerkingsplicht, waarbij geen uitzondering op die plicht wordt gemaakt ten aanzien van de verdachte. In zoverre kan men stellen dat de bevoegdheden die kunnen worden aangewend

71 Van misbruik van recht is hierbij geen sprake. Zie paragraaf 4.3.

72 Vgl. ook Reijntjes 1997, p. 223.

met het oog op bestuursrechtelijke handhaving dan wel de strafrechtelijke handhaving, in belangrijke mate met elkaar zijn verweven. Van verwevenheid kan ook sprake zijn waar het gaat om de ambtenaren die verantwoordelijk zijn voor de handhaving. Het komt regelmatig voor dat deze ambtenaren zowel bestuursrechtelijk toezichthouder als opsporingsambtenaar zijn.

Deze verwevenheid van bevoegdheden en hoedanigheden roept tal van vragen op. Mogen bevoegdheden uit bijzondere wetten worden aangewend in relatie tot gedragingen die op grond van andere wetten strafbaar zijn gesteld? In hoeverre kunnen en mogen strafvorderlijke waarborgen worden omzeild door de toepassing van – met name bestuursrechtelijke – bevoegdheden uit bijzondere wetten? Verhoudt de medewerkingsplicht die binnen de bijzondere wetgeving een prominente rol speelt, zich met de waarborgen die uit art. 6 EVRM voortvloeien? Deze en verwante vragen zijn reeds veelvuldig aan de orde gekomen in rechtspraak en literatuur. Deze paragraaf beoogt niet meer dan het geven van een overzicht van de huidige stand van zaken. Daartoe wordt op een viertal onderwerpen ingegaan: de normering van de overgang van bestuursrechtelijk toezicht naar opsporing (sfeerovergang), de normering van de samenloop van bestuursrechtelijke en strafvorderlijke bevoegdheden (sfeercumulatie), de verenigbaarheid van medewerkingsplichten met het nemo-teneturbeginsel zoals dat besloten ligt in art. 6 EVRM, en de betekenis van art. 359a Sv voor in het traject van toezicht en opsporing onrechtmatig verkregen onderzoeksresultaten.

4.2 Normering van sfeerovergang

In de context van de bijzondere wetgeving geldt dat het houden van toezicht het belangrijkste middel van de overheid is om zicht te houden op de naleving van die wetgeving. Door dat toezicht blijkt niet alleen wie zich aan de wet houdt, maar ook wie de wet vermoedelijk overtreedt. Dat verklaart ook waarom verschillende bijzondere wetten naast toezichtbevoegdheden ook bepalingen omtrent de opsporing kennen. Het is geenszins problematisch dat de desbetreffende opsporingsmogelijkheden worden ingezet indien de resultaten van het uitgeoefende toezicht daartoe aanleiding geven.⁷³ Evenzeer is het mogelijk dat er opsporingsbevoegdheden uit het Wetboek van Strafvordering worden ingezet, voor zover wordt voldaan aan de voor die bevoegdheden geldende toepassingsvoorwaarden. Zo is het denkbaar dat inlichtingen die worden verkregen op grond van de AWR-controlebevoegdheden, aanleiding geven tot de toepassing van AWR-opsporingsbevoegdheden zoals de uitlevering van bepaalde bescheiden, al dan niet gecombineerd of gevolgd door de uitoefening van commune strafvorderlijke bevoegdheden zoals de doorzoeking van een woning.

In het zojuist geschetste stramien stuit men op een (vermoedelijke begane) strafbare gedraging die binnen het bereik ligt van dezelfde bijzondere wet als op grond waarvan het toezicht heeft plaatsgevonden. Maar wat nu indien het bestuursrechtelijke toezicht blootlegt dat vermoedelijk een strafbaar feit heeft

73 Zie ook Aler 1982, p. 307-308 en Corstens 2008, p. 272.

plaatsgevonden dat buiten het bereik ligt van de desbetreffende bijzondere wet? Mag de toezichthouder die dit strafbare feit constateert, vervolgens overgaan tot de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden in het kader van de opsporing van dit strafbare feit, gesteld dat de toezichthouder tevens als (een ter zake bevoegde) opsporingsambtenaar is aangewezen? Eenzelfde vraag kan worden opgeworpen in de situatie waarin bij de toepassing van een opsporingsbevoegdheid die in een bijzondere wet is neergelegd, een strafbaar feit wordt geconstateerd dat buiten het bereik van die wet ligt. In dit kader wordt veelal gesproken van voortgezette toepassing.⁷⁴ Een dergelijke voortgezette toepassing zou problematisch kunnen worden geacht, omdat de toezichtbevoegdheden zijn bestemd om de naleving van de desbetreffende bijzondere wet na te gaan en er niet in algemene zin toe strekken om strafbare feiten op het spoor te komen, terwijl ook de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten in het leven zijn geroepen met het oog op de opsporing van gedragingen zoals deze in de desbetreffende bijzondere wet strafbaar zijn gesteld.

Deze kwestie is reeds geslecht in het befaamde Gewearrrest.⁷⁵ In de zaak die tot dit arrest heeft geleid, draait het om een opsporingsambtenaar die een keuken inspecteert in het kader van de controle van de naleving van de toenmalige Drankwet. In die keuken treft hij een geweer aan, dat vervolgens op grond van de toenmalige Vuurwapenwet in beslag wordt genomen. Deze inbeslagname heeft naar het oordeel van de Hoge Raad rechtmatig plaatsgevonden. De Hoge Raad overweegt ‘dat toch niet mag worden aangenomen, dat de omstandigheid, dat een ambtenaar alleen ter contrôle ingevolge de Drankwet aanwezig is en daar, uit dien hoofde, ook tegen den wil van den bewoner, aanwezig mag blijven, dien ambtenaar belet om op diezelfde plaats opsporingsbevoegdheden, steunende op eene andere wet den de Drankwet, uit te oefenen’. In zijn noot wijst Pompe erop dat een tegengestelde opvatting tot onbillijke resultaten zou kunnen leiden: ‘Ingeval er tijdens de aanwezigheid van den ambtenaar in de woning een moord zou begaan worden, zou de ambtenaar daaromtrent in de woning dan geen opsporingsmaatregelen mogen nemen.’

Het Gewearrrest maakt dus duidelijk – en in latere rechtspraak is daar niet van afgeweken⁷⁶ – dat voortgezette toepassing in principe toelaatbaar is. Het is wel van belang voor ogen te houden dat dit arrest betrekking heeft op de situatie dat een opsporingsambtenaar bij toeval op een strafbaar feit stuit dat buiten het bereik van de bijzondere wet ligt op grond waarvan hij op dat moment optreedt. Tegenover het geval van de toevallige vondst laat zich de situatie denken waarin een toezicht- of opsporingsbevoegdheid op grond van een bijzondere wet welbewust wordt toegepast teneinde gedragingen te onderzoeken die buiten het bereik van die bijzondere wet vallen. Een dergelijke toepassing van bevoegdheden uit bijzondere wetten is, zo wordt aangenomen, niet toegestaan, omdat er sprake is

74 Zo bijvoorbeeld Aler 1982, p. 309 en Corstens 2008, p. 272. Zie voor een iets andere invulling van voortgezette toepassing Hendriks en Wöretshofer 2002, p. 234-235.

75 HR 2 december 1935, *NJ* 1936, 250 (m.nt. WP).

76 Vgl. HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 605 (m.nt. 'tH).

van misbruik van recht.⁷⁷ Dat misbruik bestaat eruit dat bevoegdheden worden toegepast voor een ander doel dan waarvoor deze zijn gegeven.⁷⁸

Een kanttekening hierbij is dat in de praktijk doorgaans niet snel zal blijken dat een bepaalde bevoegdheid *uitsluitend* is toegepast teneinde gedragingen te onderzoeken die buiten het bereik vallen van de bijzondere wet waaraan die bevoegdheid is ontleend. Veelal zal kunnen worden gesteld dat de uitoefening van de bevoegdheid *mede* geschiedt voor het doel waarvoor deze is gegeven.⁷⁹ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een opsporingsambtenaar op basis van art. 160 lid 1 WVV 1994 een stopteken geeft. Het feit dat wellicht andere redenen dan de behoefte tot het controleren van de papieren een rol hebben gespeeld bij het geven van het stopteken dan het controleren van de in art. 160 lid 1 WVV 1994 genoemde bescheiden (waaronder kentekenbewijs en rijbewijs), maakt nog niet dat sprake is van misbruik van recht. Dat ligt eerst anders indien wordt vastgesteld dat het de opsporingsambtenaar uitsluitend ging om de toepassing van deze bevoegdheid met het oog op een ander doel dan de controle van de naleving van de verkeersvoorschriften.

Het hier geschetste stramien komt naar voren in de rechtspraak van de Hoge Raad. Hoe de Hoge Raad daarbij de grenzen precies trekt, laat zich lastig aangeven,⁸⁰ maar de Hoge Raad lijkt al vrij snel te willen aannemen dat een bevoegdheid is ingezet voor het doel waarvoor deze is gegeven.⁸¹ Door Aler is betoogd dat een gebruik van de controlebevoegdheid uit de WVV 1994 zoals hiervoor geschetst, toelaatbaar is zolang het doel waarvoor deze bevoegdheid is gegeven – het toezien op de naleving van de verkeerswetgeving – voorop blijft staan.⁸² Meer abstract gesteld zou men dan kunnen zeggen dat van misbruik van recht geen sprake is zolang het doel waarvoor de bevoegdheid wordt gegeven, in overwegende mate wordt gediend. Op zichzelf is dat een aansprekend standpunt, maar het is de vraag of het aldus aangereikte criterium zich in de praktijk goed laat operationaliseren. Het zal niet eenvoudig zijn om adequaat te achterhalen welk doel voor de ambtenaar bij de uitoefening van de bevoegdheid het meeste gewicht in de schaal heeft gelegd. Een ander toetsingschema is voorge-

77 Aler 1982, p. 314 en Corstens 2008, p. 273.

78 Vgl. ook HR 23 september 1992, *BNB* 1992, 387 (m.nt. P. den Boer).

79 Zie daarover meer in detail Aler 1982, p. 315-317.

80 Zie nader het rechtspraakoverzicht in onderdeel 25 van de conclusie van waarnemend A-G Keijzer voor HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 189 en voorts HR 21 november 2006, *NJ* 2006, 653.

81 In HR 21 november 2006, *NJ* 2006, 653 overweegt de Hoge Raad dat in het oordeel dat de politieagenten bevoegd waren tot het geven van een stopteken, besloten ligt dat 'de betrokken politieambtenaren deze bevoegdheid – in ieder geval mede – hebben uitgeoefend om zich te vergewissen van de naleving van de bij of krachtens de Wegenverkeerswet vastgestelde voorschriften als bedoeld in het vierde lid van art. 160 WVV 1994.' Daarmee wordt uit het bestaan van de bevoegdheid – in combinatie met de feitelijke controle van de papieren – afgeleid dat deze (mede) overeenkomstig het doel waarvoor de bevoegdheid is gegeven, is uitgeoefend. In de lagere rechtspraak wordt een minder lankmoedige lijn gevolgd, zie Rb. Amsterdam 21 december 2009, *LJN* BK7410 en Rb. Maastricht 17 februari 2010, *LJN* BL4080.

82 Aler 1982, p. 321-322.

steld door Keijzer.⁸³ Dit schema houdt in dat allereerst wordt onderzocht – op basis van de wettekst, de wetssystematiek en de wetsgeschiedenis – of een bevoegdheid *exclusief* is gegeven voor een bepaald doel, in die zin dat de toepassing alleen voor dat doel en niet mede voor andere doeleinden is toegelaten.⁸⁴ Indien een dergelijke exclusiviteit ontbreekt, is eerst sprake van misbruik van recht indien de toepassing van de bevoegdheid geen enkel verband houdt met het doel waarvoor die bevoegdheid in het leven is geroepen, maar uitsluitend met het oog op een ander doel wordt toegepast.

4.3 Normering van sfeercumulatie

Bij de zojuist besproken sfeerovergang gaat het om de situatie dat het uitoefenen van toezicht aanleiding geeft tot het toepassen van opsporingsmiddelen. Toezicht gaat als het ware over in opsporing. In de praktijk kan het echter ook zo lopen dat er niet zozeer sprake is van een overgang, maar van een samenloop van toezicht en opsporing. Deze samenloop roept de vraag op in hoeverre de uitoefening van toezichtbevoegdheden uit bijzondere wetten nog mogelijk is indien reeds aanwijzingen bestaan of een redelijk vermoeden bestaat dat een strafbare gedraging heeft plaatsgevonden. Is de toepassing van toezichtbevoegdheden nog toegestaan indien die toepassing mede heeft te gelden als opsporing? Of nog iets ruimer genomen: in hoeverre mogen bevoegdheden uit bijzondere wetten (mede) met het oog op de opsporing worden aangewend?

De toepassing van bevoegdheden uit bijzondere wetten (mede) met het oog op opsporing kan grofweg in drie varianten plaatsvinden. Allereerst is het mogelijk dat deze toepassing binnen de kolom van één en dezelfde bijzondere wet plaatsvindt. Het gaat dan bijvoorbeeld om de toepassing van AWR-controlebevoegdheden op het moment dat reeds is gebleken dat de onderzochte persoon zich vermoedelijk schuldig heeft gemaakt aan in de AWR strafbaar gestelde gedragingen. Weliswaar verschaft de AWR voor een dergelijke situatie ook opsporingsbevoegdheden, maar dat sluit niet uit dat belastingambtenaren – die al dan niet tevens zijn aangewezen als opsporingsambtenaar – van controlebevoegdheden gebruikmaken. Met de toepassing van die bevoegdheden wordt dan voor de belastingheffing relevante informatie verzameld. Maar die informatie kan evenzeer interessant zijn voor de vervolging wegens de geconstateerde belastingdelicten.

Ten tweede kan de toepassing van toezichtbevoegdheden (mede) zijn gericht op het verzamelen van informatie omtrent strafbare feiten die buiten het bereik

83 Onderdelen 26-28 van de conclusie van waarnemend A-G Keijzer voor HR 6 november 2001, *NJ* 2002, 189. Vgl. ook Knigge 1988, p. 774.

84 Als voorbeeld noemt Keijzer hier art. 12 WvW 1994. Het tweede lid schrijft voor dat de in het eerste lid genoemde aanwijzingen ‘slechts [mogen] worden gegeven’ met het oog op de in dat tweede lid genoemde belangen. De vraag is evenwel of daarmee een nevendoeel wordt uitgesloten. Voor wat betreft de fiscale controlebevoegdheden zou kunnen worden betoogd dat deze strikt doelgebonden zijn, maar de rechtspraak van de Hoge Raad lijkt daarin niet mee te gaan. Zie daaromtrent Luchtman 2007b, p. 663-664.

van de bijzondere wet vallen. De toepassing van de AWR-controlebevoegdheden zou bijvoorbeeld ook kunnen geschieden in een situatie waarin de verkregen informatie relevant is voor de vervolging van een algemeen delict zoals valsheid in geschrift. Of stel dat de opsporingsambtenaar uit het Geweerarrest dusdanige informatie had ontvangen dat hij het redelijke vermoeden koesterde dat zich in een keuken een geweer zou bevinden, waarna hij onder het mom van een controle op grond van de Drankwet een kijkje ging nemen in die keuken. Zou dat toelaatbaar zijn of zou dat misbruik van bevoegdheid opleveren?

Ten derde is het mogelijk dat opsporingsbevoegdheden die in bijzondere wetten worden verschaft, (mede) worden aangewend met het oog op de opsporing van gedragingen die niet in de desbetreffende bijzondere wet strafbaar zijn gesteld.

In het verlengde van hetgeen in paragraaf 4.2 aan de orde is gekomen, geldt ten aanzien van alle varianten als randvoorwaarde dat geen misbruik van recht plaatsvindt.⁸⁵ Voorts komt in de rechtspraak van de Hoge Raad tot uitdrukking dat het bestaan van een redelijk vermoeden dat iemand zich heeft schuldig gemaakt aan een strafbaar feit niet in de weg staat aan het uitoefenen van controlebevoegdheden, mits bij de aanwending van die bevoegdheden tegenover een verdachte de aan deze als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen.⁸⁶ Meer specifiek gaat het in deze rechtspraak om de bevoegdheden zoals die zijn neergelegd in (het huidige) art. 47 jo. 53 AWR, (de huidige) artt. 1:23-1:28 Algemene Douanewet en art. 160 WVV 1994. Deze bevoegdheden zijn in de desbetreffende zaken telkens toegepast door personen die tevens als opsporingsambtenaar hadden te gelden. Ten dele gaat het in deze zaken om de toepassing van een controlebevoegdheid binnen de kolom van één en dezelfde wet, ten dele om een toepassing die mede in verband stond met de opsporing van buiten de desbetreffende bijzondere wet gelegen strafbare feiten.

De Hoge Raad verbindt het uitoefenen van controlebevoegdheden op het moment dat reeds een verdenking ter zake van een strafbaar feit bestaat, dus aan de voorwaarde dat de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen. De Hoge Raad expliciteert niet om welke waarborgen het hier gaat. Algemeen wordt aangenomen dat hier vooral moet worden gedacht aan het zwijgrecht van art. 29 Sv.⁸⁷ Naast het zwijgrecht spelen hier vooral de waarborgen die voortvloeien uit art. 6 EVRM een rol. Het gaat dan in het bijzonder om de waarborgen die moeten voorkomen dat er ongeoorloofde druk op een persoon wordt uitgeoefend. Deze waarborgen komen in paragraaf 4.4 aan de orde.

Ter volledigheid wijs ik erop dat de hier relevante rechtspraak strikt genomen niet alle van de zo-even aangeduide varianten omvat, maar alleen de eerste

85 Zie, toegespitst op de toepassing van fiscale controlebevoegdheden mede ten behoeve van de opsporing, Luchtman 2007a, p. 138, ook voor verdere literatuurverwijzingen.

86 HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 (m.nt. ThWvV), HR 13 mei 1997, *NJ* 1998, 481 (m.nt. Sch) en HR 21 november 2006, *NJ* 2006, 653. Vgl. ook HR 21 juni 1966, *NJ* 1966, 409 (m.nt. WP).

87 Zie bijvoorbeeld de noot van Van Veen onder HR 26 april 1988, *NJ* 1989, 390 en Knigge 1988, p. 774-775.

variant, voor zover de ambtenaar die de bevoegdheid toepast als toezichthouder en als opsporingambtenaar is aangewezen, en de tweede variant. Een zekere veralgemenisering naar alle drie genoemde varianten lijkt echter wel mogelijk. De wet en de rechtspraak verschaffen – afgezien van de algemene norm dat geen misbruik van recht mag plaatsvinden – geen aanknopingspunten dat toezichthouders die niet tevens opsporingsambtenaar zijn, hun bevoegdheden niet meer zouden mogen toepassen op het moment dat een verdenking ontstaat.⁸⁸ Evenmin lijkt het enkele feit dat een verdenking bestaat ten aanzien van een gedraging die strafbaar is gesteld in een andere wet, een beletsel te zijn voor de toepassing van opsporingsbevoegdheden uit een bijzondere wet (mits uiteraard aan de voor die bevoegdheden geldende toepassingsvoorwaarden wordt voldaan).

4.4 Medewerkingsplichten

In paragraaf 3 is aan de orde gekomen dat de bestuursrechtelijke toezichtbevoegdheden en de opsporingsbevoegdheden in de bijzondere wetgeving zijn gekoppeld aan een medewerkingsplicht. Het niet-verlenen van de geverge medewerking levert doorgaans een strafbaar feit op. Hiervoor is aangestipt dat de medewerkingsplicht wordt doorbroken indien het zwijgrecht in het geding is (zie nader paragraaf 4.4.1). Dit is echter pas aan de orde op het moment dat een verdenking bestaat. Het zwijgrecht komt immers toe aan de verdachte. Dat roept de vraag op hoe het dan zit met verklaringen die zijn afgelegd voordat een verdenking is ontstaan. Kunnen deze nadien, wanneer wel een verdenking is ontstaan, voor het bewijs worden gebezigd? En hoe zit dat met andersoortige gegevens – zoals administratieve gegevens – die een persoon, al dan niet na het ontstaan van een verdenking jegens hem, op grond van een medewerkingsplicht heeft afgestaan, en die nadien als bewijsmateriaal in een strafzaak worden gebezigd? Bij de beantwoording van deze vragen staat het zogeheten nemo-teneturbeginsel centraal: het recht van personen om niet aan de eigen veroordeling te hoeven meewerken.

Blijkens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is in het Nederlandse recht geen onvoorwaardelijk recht of beginsel verankerd dat een verdachte niet zou kunnen worden verplicht tot het verlenen van medewerking aan het verkrijgen van voor hem mogelijk bezwarend bewijsmateriaal.⁸⁹ Of een dergelijke plicht al dan niet bestaat, is afhankelijk van hetgeen daaromtrent is bepaald in de regeling van de bevoegdheid in verband waarmee medewerking zou moeten worden verleend. Zo hoeft een verdachte vanwege zijn zwijgrecht nimmer medewerking te verlenen aan een verhoor, in die zin dat hij verplicht zou zijn vragen te beantwoorden. In het kader van de uitlevering van voorwerpen geldt echter, zoals reeds in paragraaf 3.2 en 3.3 aan de orde is gekomen, dat de daar-

⁸⁸ Vgl. ook *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 64.

⁸⁹ Zie onder andere HR 15 februari 1977, *NJ* 1977, 557 (m.nt. GEM) en HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes).

toe strekkende bevoegdheden in de bijzondere wetgeving, anders dan de commune variant daarvan, wel zijn gekoppeld aan een medewerkingsverplichting. Art. 6 EVRM biedt op het eerste gezicht meer bescherming omdat het EHRM in zijn rechtspraak uitgaat van een algemeen recht voor ‘anyone “charged with a criminal offence” [...] to remain silent and not to contribute to incriminating himself’.⁹⁰ De rechtspraak van het EHRM omtrent dit recht is evenwel complex en laat zich niet in enkele zinnen samenvatten. Het feit dat het Nederlandse recht geen onvoorwaardelijk beginsel kent dat van de verdachte geen medewerking mag worden verlangd, alsmede de niet altijd even eenvoudig te doorgronden Straatsburgse rechtspraak, brengen met zich dat de reikwijdte van het nemo-teneturbeginsel en de uit dat beginsel voortvloeiende consequenties niet altijd even eenvoudig zijn te bepalen.⁹¹ Op deze plaats wordt volstaan met de weergave van enkele hoofdlijnen, waarbij vier situaties worden onderscheiden.

4.4.1 *Het afleggen van een verklaring nadat een verdenking is ontstaan*

Uit het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel vloeit voort, zo komt naar voren in de rechtspraak van de Hoge Raad, dat een verdachte niet kan worden verplicht tot het afleggen van een verklaring omtrent zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit, waarvan niet kan worden gezegd dat die verklaring in vrijheid is afgelegd. Het gaat daarbij niet alleen om het afleggen van mondelinge verklaringen, maar ook – daar wijst de Hoge Raad expliciet op – om het verschaffen van schriftelijke inlichtingen.⁹² Voor wat betreft het verhoor strekt de verplichting van art. 29 lid 2 Sv tot het verlenen van de cautie ertoe dat de verklaring in vrijheid wordt afgelegd. De cautie beoogt de verdachte te informeren dat hij niet tot antwoorden is verplicht. In het oog moet worden gehouden dat de Hoge Raad een beperkte uitleg heeft gegeven aan de cautieverplichting van art. 29 lid 2 Sv. Deze cautie hoeft alleen te worden verleend bij een mondelinge ondervraging. De Hoge Raad trekt daaruit als consequentie dat, ook al is een verdachte niet verplicht antwoord te geven op schriftelijke vragen, hij bij het stellen van die vragen niet op zijn zwijgrecht behoeft te worden gewezen.⁹³

Van het verschaffen van – al dan niet schriftelijke – inlichtingen kan sprake zijn bij de toepassing van toezichtbevoegdheden. Zo is elke toezichthouder op grond van art. 5:16 Awb bevoegd om inlichtingen te vorderen. Een soortgelijke

90 EHRM 25 februari 1993, Funke tegen Frankrijk, appl. no. 10828/84, *NJ* 1993, 485 (m.nt. Kn), overweging 44.

91 Ik wijs in het bijzonder op Stevens 2005. Zie voorts onder andere Koops en Stevens 2003, Fokkens en Spek 2005, Stevens 2007a en Keulen en Knigge 2010, p. 89-91. Een fraai overzicht treft men ook aan in de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes). Zie voor een betrekkelijk recente samenvatting van de eigen rechtspraak EHRM 29 juni 2007, O’Halloran en Francis tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 25624/02 en 15809/02, *NJ* 2008, 25 (m.nt. E.A. Alkema).

92 HR 22 juni 1999, *NJ* 1999, 648 en HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes). Vgl. ook HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232 (m.nt. Sch).

93 HR 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 405 (m.nt. ThWvV) en HR 1 oktober 1985, *NJ* 1986, 406 (m.nt. ThWvV). Een iets ruimere invulling van het begrip verhoor wordt nog gebezigd in HR 2 oktober 1979, *NJ* 1980, 243 (m.nt. GEM).

bevoegdheid is, zoals reeds aan de orde is gekomen, opgenomen in art. 47 lid 1, onder a, AWR. Op zich is de betrokkene verplicht aan de toezichthouder de gevraagde inlichtingen te verschaffen, ook indien reeds sprake is van een verdenking jegens de betrokkene. Tegelijkertijd zou het zwijgrecht worden gefrustreerd, indien de plicht tot het verschaffen van inlichtingen neerkomt op de plicht tot het afleggen van een (mondelinge of schriftelijke) verklaring omtrent het al dan niet zijn begaan van een strafbaar feit.⁹⁴ Aangenomen wordt dat in dergelijke gevallen de plicht tot medewerking niet het zwijgrecht teniet kan doen. Dat betekent dat de betrokkene niet kan worden bestraft wegens het niet voldoen aan de plicht tot het verschaffen van inlichtingen, indien het naleven van die plicht neerkomt op het afleggen van een (mondelinge of schriftelijke) verklaring met betrekking tot het strafbare feit waarvan hij wordt verdacht.⁹⁵ Daarnaast is de cautieplicht van art. 29 lid 2 Sv van toepassing indien de ambtenaar die de inlichtingen vordert tevens opsporingsambtenaar is, en de omstandigheden waaronder de inlichtingen worden gevorderd, zich laten kwalificeren als een mondelinge ondervraging.⁹⁶

4.4.2 Het afleggen van een verklaring voordat een verdenking is ontstaan

Het zwijgrecht van art. 29 Sv is eerst aan de orde indien er sprake is van een verdachte en dus van een verdenking. Op grond van art. 6 EVRM komt het zwijgrecht toe aan ‘anyone charged with a criminal offence’.⁹⁷ Daaruit vloeit voort dat zolang geen sprake is van een verdenking of ‘criminal charge’, er ook geen sprake is van een zwijgrecht. Het bestaan van een verplichting om gegevens te *verstrekken* in de vorm van een mondelinge of schriftelijke verklaring, is wat dat betreft niet problematisch. Dat wordt niet anders indien vervolgens op grond van de verstrekte gegevens een verdenking rijst.⁹⁸ Art. 6 EVRM stelt wel grenzen aan het *gebruik* van de afgelegde verklaring in een strafprocedure. Dat is gebleken in de zaak Saunders.⁹⁹ Het gaat in deze zaak om het volgende. Saunders, hoofd-directeur bij het bedrijf Guinness, is als getuige gehoord in het

94 Voor alle duidelijkheid: het anderszins verschaffen van informatie, bijvoorbeeld door het overleggen van administratieve gegevens, valt buiten de hier besproken situatie. Zie daarover paragraaf 4.4.3 en 4.4.4.

95 Zie vooral HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994, 629 (m.nt. C): een persoon die wordt verdacht van een verkeersmisdrijf dat is begaan met het voertuig waarvan hij eigenaar of houder is, is niet gehouden bekend te maken wie de bestuurder van het voertuig was ten tijde van dat misdrijf. Vgl. voorts Corstens 2008, p. 286, 311 en EHRM 21 april 2009, *Martinen tegen Finland*, appl. no. 19235/03, *NJ* 2009, 557 (m.nt. T.M. Schalken).

96 In relatie tot het bestuursrechtelijke (punitieve) boeteonderzoek schrijft art. 5:10a Awb voor dat de cautie moet worden verleend indien een persoon wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Ook deze cautieplicht ziet alleen op een mondeling verhoor en niet op het schriftelijk stellen van vragen. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 072, nr. 3, p. 99.

97 Ik ga hier niet nader in op de overeenkomsten en de verschillen tussen het verdenkingscriterium en het criminal charge-begrip.

98 HR 22 juni 1999, *NJ* 1999, 648 en HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes).

99 EHRM 17 december 1996, *Saunders tegen Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 19187/91, *NJ* 1997, 699 (m.nt. Kn).

kader van een administratief onderzoek naar koersmanipulatie door Guinness. Saunders is op dat moment wettelijk verplicht een verklaring af te leggen; weigering kan leiden tot strafvervolgning. Nadien wordt Saunders als verdachte aangemerkt en strafrechtelijk vervolgd wegens betrokkenheid bij de koersmanipulatie. Zijn eerder afgelegde verklaringen worden ter zitting voorgelezen en gebruikt om tegenstrijdigheden aan te wijzen in de verklaring die Saunders ter zitting naar voren brengt. Daardoor vormen de in het administratieve onderzoek afgelegde verklaringen van Saunders een belangrijk deel van het bewijs tegen hem. Bij de beoordeling van de klacht van Saunders dat art. 6 EVRM is geschonden, neemt het EHRM tot uitgangspunt dat art. 6 lid 1 EVRM niet reeds van toepassing was tijdens het administratieve onderzoek. In zoverre viel daar op dat moment geen zwijgrecht voor Saunders aan te ontfemen en was de op dat moment bestaande dwang, in de vorm van een wettelijke spreekplicht, toelaatbaar. Niettemin maakt het latere gebruik van de verklaringen wel inbreuk op art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM overweegt onder andere: ‘The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.’¹⁰⁰ Zoals dadelijk aan de orde zal komen, valt er het nodige te zeggen over de reikwijdte van deze overweging. Duidelijk is echter dat het gebruik van verklaringen die zijn afgelegd op grond van een medewerkingsverplichting, in principe niet als belastend bewijs tegen de latere verdachte kunnen worden gehanteerd.¹⁰¹ Dat sluit overigens niet uit – de rechtspraak van EHRM en de Hoge Raad verzet zich daar niet tegen – dat die verklaringen worden gehanteerd als startinformatie voor een strafrechtelijk onderzoek.¹⁰²

4.4.3 *Het verkrijgen van andersoortig bewijsmateriaal nadat een verdenking is ontstaan*

Naast het verkrijgen van mondelinge of schriftelijke inlichtingen is men voor de handhaving van de bijzondere wetgeving veelal aangewezen op het verkrijgen van allerhande andere gegevens van de betrokkene. In de sfeer van de bijzondere wetgeving bestaan diverse verplichtingen om gegevens te verzamelen en te administreren. Het leeuwendeel van de bevoegdheden die in het kader van de handhaving van de bijzondere wetgeving voorhanden is, is gericht op de verkrijging van gegevens. Het – op grond van een medewerkingsverplichting – ter beschikking stellen van deze gegevens aan de autoriteiten kan feitelijk tot gevolg hebben dat een persoon voor zichzelf belastend materiaal aandraagt, dat

100 Overweging 68.

101 De aard van de medewerkingsverplichting speelt hier een rol. Het niet verlenen van medewerking werd in de zaak Saunders met straf bedreigd. Daarmee is niet gezegd dat elke mogelijk negatieve consequentie die aan het niet verlenen van medewerking is verbonden, tot strijd met art. 6 EVRM leidt. Vgl. HR 8 juli 2008, *NJ* 2008, 455 (m.nt. T.M. Schalken).

102 Zie ook Corstens 2008, p. 311.

vervolgens kan worden gebruikt voor een strafrechtelijke vervolging.¹⁰³ Ook hier rijst dus de vraag in hoeverre de betrokkene tegen zelfincriminatie wordt beschermd.

Blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad geldt dat het aan art. 29 Sv ten grondslag liggende beginsel zich niet verzet tegen een verplichting tot het afgeven van administratieve bescheiden, ook niet indien reeds een verdenking bestaat of indien door de afgifte van die bescheiden een verdenking ontstaat. De Hoge Raad wijst daarbij op de verplichtingen van art. 81 AWR, art. 18 WED en art. 52 WWM.¹⁰⁴ Geldt hetzelfde indien men art. 6 EVRM tot uitgangspunt neemt? Als vertrekpunt voor de beantwoording kan worden gewezen op de navolgende overweging uit de uitspraak van het EHRM in de zaak Saunders:

‘The right not to incriminate oneself is primarily concerned [...] with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.’¹⁰⁵

Deze overweging duidt erop dat art. 6 EVRM zich niet verzet tegen verplichtingen tot het afgeven van administratieve bescheiden. Die conclusie verhoudt zich in zijn algemeenheid echter niet met het oordeel dat het EHRM in andere zaken heeft geveld. In het bijzonder zijn de uitspraken in de zaken-Funke en J.B. van belang, gewezen respectievelijk voor en na de uitspraak in de zaak Saunders.¹⁰⁶

Funke en J.B. worden beiden van belastingontduiking verdacht. Funke zegt aan de autoriteiten toe bankafschriften van buitenlandse rekeningen te overleggen, maar hij komt deze toezegging niet na. Vervolgens wordt hij wegens het niet afgeven van de documenten veroordeeld tot een geldboete, terwijl ook een dwangsom wordt opgelegd. Ook J.B. krijgt te maken met boeteoplegging – tot driemaal toe – wegens het niet willen voldoen aan een vordering tot uitlevering van documenten met betrekking tot beleggingsbedrijven waarmee hij beleggingen had gedaan. In beide zaken neemt het EHRM een schending van art. 6 EVRM aan omdat de betrokkenen zijn gedwongen voor henzelf belastend bewijsmateriaal te leveren. In de uitspraak in de zaak Funke overweegt het EHRM:

103 Of voor bestuursrechtelijke handhaving waarbij een bestuurlijke (punitieve) boete wordt opgelegd.

104 Zie in het bijzonder HR 29 oktober 1996, *NJ* 1997, 232 (m.nt. Sch), en voorts HR 20 maart 1984, *NJ* 1984, 547 (m.nt. ThWvV) (over art. 15 Vuurwapenwet 1919) en HR 9 oktober 1984, *NJ* 1985, 176 (over art. 19 lid 1 WED).

105 EHRM 17 december 1996, Saunders tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 19187/91, *NJ* 1997, 699 (m.nt. Kn), overweging 69.

106 EHRM 25 februari 1993, Funke tegen Frankrijk, appl. no. 10828/84, *NJ* 1993, 485 (m.nt. Kn) en EHRM 3 mei 2001, J.B. tegen Zwitserland, appl. no. 31827/96, *NJ* 2003, 354 (m.nt. Sch).

‘The Court notes that the customs secured Mr Funke’s conviction in order to obtain certain documents which they believed must exist, although they were not certain of the fact. Being unable or unwilling to procure them by some other means, they attempted to compel the applicant himself to provide the evidence of offences he had allegedly committed. The special features of customs law [...] cannot justify such an infringement of the right of anyone “charged with a criminal offence” [...] to remain silent and not to contribute to incriminating himself.’¹⁰⁷

In de zaak J.B. stelt het EHRM langs vergelijkbare lijnen een schending van art. 6 EVRM vast. Daarbij trekt vooral de volgende overweging de aandacht:

‘The Court notes that in its judgment of 7 July 1995 the Federal Court referred to various obligations in criminal law obliging a person to act in a particular way in order to be able to obtain his conviction, for instance by means of a tachograph installed in lorries, or by being obliged to submit to a blood or a urine test. In the Court’s opinion, however, the present case differs from such material which, as the Court found in the Saunders case, had an existence independent of the person concerned and was not, therefore, obtained by means of coercion and in defiance of the will of that person [...].’¹⁰⁸

Deze laatste overweging heeft voor veel verwarring gezorgd. Immers, in de zaak Saunders wordt door het EHRM ‘the use of compulsory powers’ ter zake van ‘documents acquired pursuant to a warrant’ in het licht van art. 6 EVRM niet problematisch bevonden, nu het gaat om materiaal ‘which has an existence independent of the will of the suspect’. Daarin zou men een afwijking ten opzichte van de eerdere uitspraak in de zaak Funke kunnen lezen. Echter, in de later gewezen zaak J.B. velt het EHRM een oordeel dat in lijn ligt met de uitspraak in de zaak Funke. Hoe moet dit worden geduid? De gangbare interpretatie van de rechtspraak van het EHRM is dat het verkrijgen van documenten door middel van medewerkingsplichten in zijn algemeenheid verenigbaar is met art. 6 EVRM, maar dat bijzondere omstandigheden tot een afwijkend oordeel kunnen leiden. In de zaken-Funke en J.B. zijn die bijzondere omstandigheden erin gelegen dat *i.* er reeds een verdenking was ontstaan jegens Funke respectievelijk J.B., *ii.* er documenten werden gevorderd waarvan de autoriteiten niet zeker wisten dat deze bestonden (Funke) dan wel geen idee hadden van de omvang en de inhoud van de documenten (J.B.), *iii.* terwijl het niet-overleggen van de documenten tot een daadwerkelijke bestraffing heeft geleid. Onder die omstandigheden wordt in feite door de overheid van de verdachte gevegd dat hij in meer algemene zin informatie verschaft die voor hem belastend kan zijn.¹⁰⁹ Alsdan bestaat er duidelijke verwantschap met de situatie waarin de

107 EHRM 25 februari 1993, Funke tegen Frankrijk, appl. no. 10828/84, *NJ* 1993, 485 (m.nt. Kn), overweging 44.

108 EHRM 3 mei 2001, J.B. tegen Zwitserland, appl. no. 31827/96, *NJ* 2003, 354 (m.nt. Sch), overweging 29.

109 Voor zover men aansluiting wil zoeken bij het criterium van het onafhankelijk van de wil van de verdachte (of van een persoon, zoals het EHRM in de zaak J.B. zegt) bestaan van documenten, zou men kunnen zeggen dat het aankomt op de vraag of die documenten *als bewijsmateriaal* onafhankelijk van de wil van de betrokkene beschikbaar zijn. In die zin Fokkens en Spek 2005, p. 157.

verdachte gedwongen zou worden een mondelinge dan wel schriftelijke verklaring af te leggen.¹¹⁰

Een enigszins andere uitleg van de rechtspraak van het EHRM wordt gegeven door Fokkens en Spek.¹¹¹ Zij leggen er de nadruk op dat de zaken-Funke en J.B. zich erdoor kenmerken dat de autoriteiten in een situatie waarin reeds verdenking bestaat en een strafrechtelijke procedure aanstaande of reeds lopende is, niet zelf hebben geprobeerd bewijsmateriaal te verzamelen, maar van de verdachte vorderden dat hij het bewijsmateriaal zou aandragen. Mogelijk willen zij aldus abstraheren van de parallel met een gedwongen afgelegde verklaring. Het komt mij echter voor dat men het één niet los kan zien van het ander.¹¹² Het effect van het opdringen aan de verdachte van een actieve rol in de bewijsvergaring is dat de verdachte in de situatie wordt geplaatst dat hij zelf een weergave moet geven van hetgeen zou hebben plaatsgevonden. Weliswaar gaat het dan om een weergave op basis van documenten, maar gelet op de aard van de gevorderde gegevens¹¹³ bestaat er geen wezenlijk verschil met het geven van een weergave door middel van een mondelinge of schriftelijke verklaring.¹¹⁴ In meer abstracte zin kan men stellen dat – linksom of rechtsom – de procesautonomie van de verdachte in het geding is.¹¹⁵

Dit korte rechtspraakoverzicht laat zien dat op basis van de Straatsburgse rechtspraak geen harde, eenduidige criteria kunnen worden verstrekt teneinde vast te stellen of sprake is van een zodanig onbehoorlijke dwang ('improper compulsion') dat sprake is van schending van art. 6 EVRM. Het komt aan op de concrete feiten en omstandigheden van het geval, waarbij in het bijzonder acht moet worden geslagen op de aard en de intensiteit van de uitgeoefende dwang, het al dan niet bestaan van procedurele waarborgen voor de betrokkene en de wijze waarop gebruik is gemaakt van het verkregen materiaal.¹¹⁶ Een eenvoudig schema voor het al dan niet aannemen van een schending van art. 6 EVRM in verband met zelfincriminatie, zoekt men tevergeefs in de rechtspraak van het

110 Zie hierover, met nadere verwijzingen, Stevens 2005, p. 11, 17, 20-21, 24-25, 135-136, 158, Stevens 2007a, p. 683-687 en A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), onder 62. Vgl. ook de noot van Schalken onder EHRM 3 mei 2001, J.B. tegen Zwitserland, appl. no. 31827/96, *NJ* 2003, 354.

111 Fokkens en Spek 2005, p. 151-152, 159.

112 Vgl. ook Stevens 2005, p. 25, die 'de taakverdeling tussen aanklager en aangeklaagde' als één van de relevante gezichtspunten (en niet als het enige of het overwegende gezichtspunt) noemt.

113 In EHRM 29 juni 2007, O'Halloran en Francis tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 25624/02 en 15809/02, *NJ* 2008, 25 (m.nt. E.A. Alkema), overweging 58 wijst het EHRM erop, onder verwijzing naar onder andere de zaken-Funke en J.B., dat het van belang is hoe specifiek dan wel algemeen de geverge informatie is.

114 De stelling van Fokkens en Spek 2005, p. 159 dat niet van belang is of het al dan niet om 'onafhankelijk van de wil' bestaand materiaal betreft, gaat er daarnaast aan voorbij dat het EHRM in zijn rechtspraak consequent verwijst naar dat criterium.

115 Deze notie is uitgewerkt door Stevens 2005, p. 145-163.

116 Deze gezichtspunten worden genoemd in onder andere overweging 44 in EHRM 5 november 2002, Allan tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 48539/99, *NJ* 2004, 262 (m.nt. Sch) en overweging 101 in EHRM 29 juni 2007, O'Halloran en Francis tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 25624/02 en 15809/02, *NJ* 2008, 25 (m.nt. E.A. Alkema). Zie voor een nadere beschouwing van deze gezichtspunten de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), onder 63-70.

EHRM.¹¹⁷ Duidelijk is evenwel dat bevoegdheden die ertoe strekken dat een persoon documenten moet overleggen, niet zonder meer onverenigbaar zijn met art. 6 EVRM. Naarmate de toepassing van dergelijke bevoegdheden meer gelijkenis vertoont met de situatie waarin de betrokkene gedwongen wordt een voor hemzelf belastende verklaring af te leggen, komt een verdragsschending dichterbij.

In de rechtspraak van de Hoge Raad die is geweest nadat het EHRM uitspraak had gedaan in de zaak Saunders, wordt – in lijn met die uitspraak – aanvankelijk het overleggen van documenten onderscheiden van het afleggen van een verklaring of het desgevorderd verschaffen van schriftelijke inlichtingen, waarbij het gedwongen afgeven van documenten als onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaand materiaal niet problematisch wordt bevonden in het licht van art. 6 EVRM.¹¹⁸ In latere rechtspraak lijkt de Hoge Raad een enigszins andere benadering te kiezen. Zo wordt in een arrest uit 2006 gesproken over ‘het recht dat een verdachte kan ontlenen aan art. 29 Sv en art. 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen’.¹¹⁹ Hoewel de Hoge Raad hierbij verwijst naar de Saunders-uitspraak,¹²⁰ lijkt de gebezigde formulering beter aan te sluiten bij de hiervoor weergegeven gangbare interpretatie van de uitspraken van het EHRM in de zaken-Funke en J.B.. Immers, door te spreken van ‘informatie en opheldering’ laat de Hoge Raad de mogelijkheid open dat die informatie en opheldering uit iets anders dan een mondelinge of schriftelijk verklaring bestaat.¹²¹ Het recht waar de Hoge Raad hierover spreekt, zou dus – onder omstandigheden – ook betrekking kunnen hebben op de uitoefening van bevoegdheden die strekken tot het overleggen van documenten.¹²²

Vooralsnog ontbreken er uitspraken waarin de Hoge Raad handen en voeten geeft aan de reikwijdte van het recht van de verdachte om te weigeren informatie en opheldering te verschaffen die in een strafzaak als belastend bewijs kunnen dienen. Een aansprekende, op de rechtspraak van het EHRM geëente invulling wordt gegeven door Fokkens en Spek.¹²³ Zij stellen dat moet worden nagegaan in hoeverre politie en justitie over een (reëel) *alternatief* zouden hebben beschikt indien de medewerking die van de betrokkene wordt verlangd, wordt geweigerd. Zij geven als voor-

117 Vgl. ook Peçi 2006, p. 47-48, 71.

118 Zie HR 30 september 1997, *NJ* 1998, 104 en HR 21 oktober 1997, *NJ* 1998, 173.

119 HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), overweging 6.5.

120 Die verwijzing past overigens wel bij het gegeven dat het in de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak draait om gegevens die zijn verzameld in de fase voordat een verdenking of ‘criminal charge’ bestond.

121 Het EHRM spreekt zelf ook ‘incriminating information’ sinds 2004. Zie EHRM 8 april 2004, Weh tegen Oostenrijk, appl. no. 38544/97, overweging 43, alsmede diverse daarna gewezen uitspraken.

122 Stevens 2007b, p. 632. Vgl. in dit verband ook EHRM 21 april 2009, Marttinen tegen Finland, appl. no. 19235/03, *NJ* 2009, 557 (m.nt. T.M. Schalken). De belastingkamer van de Hoge Raad lijkt, ook al wordt – evenals in de rechtspraak van de strafkamer – de Saunders-uitspraak vooropgesteld, eveneens niet uit te sluiten dat onder omstandigheden een verplichting tot het overleggen van documenten in strijd komt met art. 6 EVRM. Zie HR 21 maart 2008, *BNB* 2008, 159 (m.nt. P.G.H. Albert).

123 Fokkens en Spek 2005, p. 155-156.

beeld de situatie waarin op een vissersschip touwtjes worden aangetroffen die wel worden gebruikt om – in strijd met de wet – de maaswijdte van netten te verkleinen. In een dergelijk geval kan medewerking worden verlangd in het kader van de bevoegdheid tot het onderzoeken van zaken (art. 21 lid 1 en 24a lid 1 WED), in de vorm van een vordering tot het ophalen van de netten. Gesteld dat deze medewerking wordt geweigerd, dan kunnen de betrokken opsporingsambtenaren zelf de netten ophalen. Art. 6 EVRM staat dan niet in de weg aan een vervolging wegens het niet-verlenen van medewerking (hetgeen op grond van art. 26 WED een economisch delict is).¹²⁴ Fokkens en Spek voegen daar overigens aan toe – al geven zij aan dat het EHRM zich daarover nog niet (duidelijk) heeft uitgesproken – dat een dergelijke vervolging wel weer problematisch zou zijn indien daarnaast ook zou worden vervolgd – gesteld dat het daartoe benodigde bewijs alsnog is verzameld, bijvoorbeeld door het ophalen van de netten – wegens het verkleinen van de netten. Alsdan is vervolging wegens het niet verlenen van medewerking geen alternatief meer voor vervolging wegens het gronddelict, maar vindt afzonderlijk bestraffing plaats wegens het niet verlenen van medewerking.¹²⁵

4.4.4 *Het verkrijgen van andersoortig bewijsmateriaal voordat een verdenking is ontstaan*

De zaken-Funke en J.B. hebben, zo is aan de orde gekomen, betrekking op de situatie dat de overlegging van documenten wordt verlangd nadat reeds een verdenking is ontstaan. In hoeverre verzet art. 6 EVRM zich tegen een plicht tot het overleggen van documenten of andere voorwerpen in de fase dat nog geen sprake is van een verdenking? Het ligt voor de hand hier een parallel te trekken met de zaak Saunders. Daarin ging het weliswaar om het afleggen van een verklaring, maar het EHRM trekt hier zelf het spectrum breder, door in relatie tot de uitspraak in de zaak Saunders te spreken over ‘cases concerning the use of incriminating *information* compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution’.¹²⁶ Daarmee is evenwel nog niet gezegd in hoeverre het verkrijgen van dergelijke incriminerende informatie problematisch is. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt ook dat het EHRM zich kan verenigen met het bestaan van verplichtingen die ertoe strekken informatie te verstrekken, in de situatie dat nog geen strafrechtelijke procedure op handen of gaande is: ‘Indeed, obligations to inform the authorities are a common feature of the Contracting States’ legal orders and may concern

124 Zo zal als alternatief voor de verplichting tot het verstrekken van gegevens veelal de mogelijkheid van doorzoeking en inbeslagneming gelden. Dat ligt weer anders indien het gegevens betreft waarvan het bestaan niet zeker is (zoals het geval was in de zaak Funke). In dat geval is doorzoeking en inbeslagneming geen reëel alternatief.

125 In zekere zin geven Fokkens en Spek een nadere uitwerking aan de vaker in de literatuur opgeworpen, maar doorgaans niet beantwoorde vraag of bij het niet voldoen aan een vordering tot medewerking door een verdachte strafvervolging mogelijk of geboden is. Zie de noot Van Veen onder HR 20 maart 1984, *NJ* 1984, 547 alsmede Corstens 2008, p. 312.

126 Zie onder andere EHRM 8 april 2004, *Weh* tegen Oostenrijk, appl. no. 38544/97, overweging 43 (cursivering toegevoegd).

a wide range of issues [...].¹²⁷ Tegelijkertijd sluit het EHRM niet uit dat onder omstandigheden sprake zou kunnen zijn van een Saunders-achtige situatie, in die zin dat het gebruik van informatie die is verstrekt op grond van een medewerkingsplicht in een latere strafprocedure in strijd komt met art. 6 EVRM.¹²⁸ Men kan er slechts naar gissen onder welke omstandigheden van een schending sprake zou moeten zijn. Maar het ligt voor de hand dat die omstandigheden min of meer vergelijkbaar zouden moeten zijn met die van de zaken Funke en J.B.¹²⁹

Voor wat betreft de Nederlandse rechtspraak is een uitspraak van de Hoge Raad uit 2006 relevant. De verdachte in deze zaak heeft op grond van de voorwaarden die zijn verbonden aan een vergunning voor het lozen van afvalwater, periodiek monsters genomen van het afvalwater en die monsters laten analyseren. Over de op basis van die analyses opgestelde Bedrijfsafvalwaterrapportages (BAWR) is gerapporteerd aan Rijkswaterstaat. Op basis van die gegevens wordt geconstateerd dat het afvalwater hogere concentraties van bepaalde stoffen heeft bevat dan door de vergunning toegestaan. In de daarop volgende strafprocedure wegens het overtreden van de vergunningsvoorwaarden door het lozen van – kort gezegd – verontreinigd water, worden BAWR-gegevens voor het bewijs gebezigd. In de strafprocedure staat de vraag centraal of het gebruik deze gegevens voor het bewijs verenigbaar is met art. 6 EVRM. De Hoge Raad stelt – in lijn met eerdere rechtspraak – voorop dat de verstrekking van deze gegevens als zodanig niet problematisch is, omdat die gegevens zijn verstrekt op een moment waarop nog geen verdenking bestond. Dat wordt niet anders doordat de verdachte zelf de BAWR-gegevens heeft verzameld. De Hoge Raad vervolgt:

‘De desbetreffende vergunningsvoorschriften, die daartoe verplichten, zijn gesteld met het oog op het uit te oefenen toezicht op de naleving van de WVO¹³⁰ en de krachtens die wet gegeven vergunningsvoorschriften.

De belangen die genoemde wet beoogt te beschermen, rechtvaardigen dat toezicht en de wijze waarop het wordt uitgeoefend, alsmede het gebruik van aldus verkregen gegevens bij de vaststelling van een inbreuk daarop.

Art. 6 EVRM verzet zich daartegen niet. Ook het gebruik van die BAWR-gegevens als bewijsmateriaal in de strafzaak van de verdachte is niet in strijd met het in art. 6, eerste lid, EVRM besloten liggende recht van de verdachte om niet aan zijn eigen veroordeling te behoeven meewerken. Deze gegevens vallen immers buiten het bereik van het recht dat een verdachte kan ontlenen aan art. 29 Sv en art. 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen [...].¹³¹

127 EHRM 8 april 2004, Weh tegen Oostenrijk, appl. no. 38544/97, overweging 44. Zie ook EHRM 10 september 2002, Allen tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 76574/01.

128 Een aanknopingspunt hiervoor kan worden gevonden in EHRM 10 september 2002, Allen tegen Verenigd Koninkrijk, appl. no. 76574/01. Zie nader de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), onder 64-65.

129 Zie voor een nadere uitwerking de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), onder 72-75.

130 Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren.

131 Overweging 6.5.2.

Op de keper beschouwd legt de Hoge Raad niet duidelijk uit waarom de BAWR-gegevens buiten het bereik vallen van het genoemde recht om het verschaffen van informatie en opheldering aan de overheid te weigeren.¹³² Niettemin lijkt de Hoge Raad een belangrijk argument te ontleen aan voorafgaande overweging dat de hier aan de orde zijnde wijze waarop het toezicht op de naleving van de WVO is ingericht, wordt gerechtvaardigd door de belangen die de WVO beoogt te beschermen. In zoverre sluit de Hoge Raad aan bij het uitgangspunt dat ook door het EHRM wordt gehanteerd, namelijk dat medewerkingsplichten in de fase dat nog geen strafrechtelijke procedure op handen of gaande is, veelal onmisbaar zijn voor een effectieve handhaving van de wet. Hoezeer aan dat argument het nodige gewicht toekomt, staat daarmee nog niet geheel buiten twijfel – zo is hiervoor aan de orde gekomen – dat het gebruik van langs die weg verkregen gegevens als bewijs in een strafrechtelijke procedure zonder meer is toegestaan.

Als aanvullend argument om geen strijd met art. 6 EVRM aan te nemen zou men kunnen aanvoeren dat er in deze zaak geen sprake is geweest van ‘*improper compulsion*’.¹³³ Ook al bestond een vergunningsplicht voor het lozen van afvalwater, de betrokkene heeft zelf gekozen voor het productieproces waarmee die lozingen samenhangen, en heeft dus ten eigen bate de vergunning aangevraagd. Op grond van die vergunning is binnen zekere grenzen lozing van afvalwater toegestaan, mits de aan die vergunning verbonden voorwaarden worden nageleefd. De betrokkene had ervoor kunnen kiezen om geen gegevens te verzamelen en/of door te geven. Weliswaar levert ook dat een overtreding van de vergunningsvoorwaarden en ook een economisch delict op, maar niet gezegd kan worden dat de betrokkene door de overheid in een positie is geplaatst waarin zijn autonomie ernstig is aangetast. Derhalve zou men kunnen betogen dat, ook al is geen sprake van algehele vrijwilligheid ten aanzien van het aanvragen van de vergunning en de naleving van de daaraan verbonden voorwaarden, de in het onderhavige geval uitgeoefende dwang niet van zodanige aard is dat deze onbehoorlijk is.¹³⁴ Bovendien betreft het hier informatie

132 Men zou het arrest zo kunnen duiden dat de Hoge Raad de BVAR-gegevens in lijn met de Saunders-uitspraak opvat als onafhankelijk van de wil van de verdachte bestaand materiaal en reeds om die reden geen frictie ziet met art. 6 EVRM. In paragraaf 4.4.3 is evenwel geconstateerd dat de Hoge Raad in dit arrest een benadering kiest die niet volledig in lijn ligt met de Saunders-uitspraak. Dat heeft van doen met de door de Hoge Raad gebezigde formulering ‘het recht dat een verdachte kan ontleen aan art. 29 Sv en art. 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen’. Ook al is duidelijk dat de Hoge Raad de plicht tot het overleggen van de BVAR-gegevens niet in strijd met dit recht acht, het is daarmee niet gezegd dat de Hoge Raad daarvoor in de Saunders-uitspraak het (doorslaggevende) argument vindt.

133 Zie hierover de conclusie van A-G Knigge voor HR 19 september 2006, *NJ* 2007, 39 (m.nt. J.M. Reijntjes), onder 73. Zie voorts Keulen en Knigge 2010, p. 207-208, die een parallel trekken met EHRM 29 juni 2007, O’Halloran en Francis tegen Groot Britannië, appl.no. 25624/02 en 15809/02, *NJ* 2008, 25 (m.nt. E.A. Alkema).

134 Vgl. voor een enigszins vergelijkbare redenering Mulder/Doorenbos 2008, p. 111-112. Overigens zou hier ook nog kunnen worden aangevoerd dat een reël – zij het bewerkelijker – alternatief heeft bestaan, in de vorm van het nemen van monsters door met het toezicht op de naleving van de WVO belaste ambtenaren.

waarvan – juist tengevolge van de aan de vergunning verbonden plicht om de BAWR-gegevens te verzamelen – het bestaan geenszins onzeker is.¹³⁵

Los van de redenen waarom in dit specifieke geval geen sprake is van een schending van art. 6 EVRM, kan worden geconstateerd dat de Hoge Raad niet ten principale uitsluit dat van een dergelijke schending sprake kan zijn doordat de resultaten van bevoegdheden die aan een medewerkingsplicht zijn verbonden en die zijn verkregen in de fase dat nog geen strafrechtelijke procedure op handen of gaande is, worden gebruikt ten behoeve van het bewijs. Door te spreken van ‘het recht dat een verdachte kan ontlenen aan art. 29 Sv en art. 6 EVRM om te weigeren informatie en opheldering aan de overheid te verschaffen die in een strafzaak tot bewijs tegen hem kunnen dienen’ laat de Hoge Raad ruimte om onder omstandigheden een dergelijk gebruik van onderzoeksresultaten wel in strijd met dat recht te achten.

4.5 *Vormverzuimen*

Een laatste vraag die hier aan de orde wordt gesteld, betreft de vraag in hoeverre onregelmatigheden die plaatsvinden in het kader van de handhaving van bijzondere wetten onder de reikwijdte van art. 359a Sv vallen. Anders gezegd: wanneer vormen dergelijke onregelmatigheden vormverzuimen in de zin van art. 359a Sv?¹³⁶ Blijkens de tekst van deze bepaling gaat het om vormen die zijn verzuimd tijdens het voorbereidend onderzoek. Daarmee refereert art. 359a Sv aan de definitiebepaling van art. 132 Sv, waarin het voorbereidende onderzoek wordt omschreven als ‘het onderzoek hetwelk aan de behandeling ter terechtzitting voorafgaat’. Binnen de structuur van het Wetboek van Strafvordering valt het voorbereidende onderzoek *grosso modo* weer uiteen in het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk vooronderzoek.¹³⁷ Hieruit volgt dat het opsporingsbegrip van art. 132a Sv niet alleen van belang is omdat dit begrip het begin van de strafvordering markeert, maar ook omdat het een afbakening bevat van het voorbereidend onderzoek. Dat voorbereidend onderzoek neemt in principe een aanvang met het opsporingsonderzoek. Dit impliceert dat eerst van vormverzuimen kan worden gesproken, indien er sprake is van verzuimen bij de toepassing van bevoegdheden die zich laat kwalificeren als opsporing in de zin van art. 132a Sv.¹³⁸ Deze omlijning van het begrip ‘vormverzuimen’ sluit ook aan bij de afbakening van het gezag van het Openbaar Ministerie over de opsporing. Voor

135 Stevens 2007b, p. 632.

136 Zie over de vraag in hoeverre dergelijke onregelmatigheden in de weg staan aan het gebruik van de resultaten in de bestuursrechtelijke context onder andere Valkenburg 2007, p. 113-122. Voorts ga ik hier voorbij aan de reeds in paragraaf 4.4 besproken situaties waarin art. 6 EVRM grenzen stelt aan het gebruik van de resultaten die zijn verkregen met toezichts- en opsporingsbevoegdheden.

137 Vgl. Titel I-IV van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafvordering. Daarnaast kan het strafrechtelijk financieel onderzoek worden aangewezen als een onderdeel van het voorbereidend onderzoek. Vgl. Corstens 2008, p. 243.

138 De relatie met het – toen nog niet in art. 132a Sv neergelegde – opsporingsbegrip wordt ook gelegd in HR 6 april 1999, *NJ* 1999, 565 (m.nt. Sch), overweging 3.5.5. Zie voorts Embregts, in: Melai/Groenhuijsen, aantekening 6.2 op artikel 359a.

overheidsactiviteiten die niet onder de opsporing vallen, is het Openbaar Ministerie niet verantwoordelijk en is toepassing van art. 359a Sv, blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad, niet aan de orde.¹³⁹

De consequentie van deze afbakening van art. 359a Sv is dat de resultaten die zijn verkregen met toezichtbevoegdheden in beginsel zonder beperking in het strafproces kunnen worden gebruikt, ook indien die bevoegdheden niet overeenkomstig de daarvoor geldende voorschriften zijn toegepast.¹⁴⁰ In beginsel, want onder omstandigheden ligt dit anders. In paragraaf 2 en 3.5 is aan de orde gekomen dat niet zozeer de aard van de bevoegdheid, als wel het doel waarvoor de bevoegdheid wordt uitgeoefend alsmede de hoedanigheid van degene die de bevoegdheid uitoefent, bepalend zijn of men al dan niet van opsporing moet spreken. Daardoor kan de uitoefening van een toezichtbevoegdheid onder omstandigheden ook worden gekwalificeerd als opsporing in de zin van art. 132a Sv, zodat eventuele onregelmatigheden bij die uitoefening toch als vormverzuim hebben te gelden. Te denken valt aan de situatie waarin een politieambtenaar op grond van art. 160 WvW 1994 een stopteken geeft, terwijl de toepassing van die bevoegdheid geschiedt omdat het desbetreffende voertuig of de bestuurder daarvan mogelijk betrokken is bij een strafbaar feit. In dat geval geldt de toepassing van deze bevoegdheid als opsporing en komen eventuele onregelmatigheden – zoals misbruik van recht of schending van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit – binnen het bereik van art. 359a Sv.¹⁴¹

Buiten de context van art. 359a Sv kunnen nog twee andere gronden worden gevonden om de resultaten van onderzoeksactiviteiten die zich niet als opsporing laten kwalificeren, uit te sluiten. Het betreft de gronden die veelal worden genoemd voor het uitsluiten van gegevens die onrechtmatig door derden, zoals particuliere onderzoekers, zijn vergaard.¹⁴² Allereerst gaat het dan om de situatie dat strafvorderlijke autoriteiten actief bemoeienis hebben gehad met de vergaring van de desbetreffende gegevens. Hierbij zou kunnen worden gedacht aan de situatie waarin een toezichthouder (die niet tevens opsporingsambtenaar is) op verzoek van politie of justitie toezichtbevoegdheden uitoefent uitsluitend met als doel het vergaren van voor een strafprocedure relevant materiaal. Voorts moet het gebruik van materiaal dat buiten het kader van de opsporing is vergaard, worden afgewezen indien dat materiaal is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag

139 Vgl. HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 336 (m.nt. Schalken).

140 Vgl. ook de conclusie van A-G Knigge voor HR 1 juni 2010, *LJN* BM2447, onder 9.

141 Hiervoor kan wellicht steun worden gevonden in HR 21 november 2006, *NJ* 2006, 653, overweging 3.6. Daarin wordt de klacht dat toepassing van de bevoegdheid van art. 160 lid 1 WvW 1994 tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie moet leiden, afgewezen omdat niet aan het Zwolsman-criterium wordt voldaan. De klacht wordt niet van de hand gewezen omdat art. 359a Sv niet van toepassing zou zijn. Vgl. Luchtman 2007b, p. 676.

142 Zie, met nadere verwijzingen, Corstens 2008, p. 709-710.

worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht.¹⁴³

5 Afronding

Uit de vorenstaande beschouwingen mag blijken dat de onderzoeksfase in het kader van de handhaving van bijzondere wetgeving, zich niet eenvoudig laat omschrijven. Dat is niet alleen het gevolg van het samenstel van voorschriften uit diverse wetten, maar hangt vooral ook samen met het gecompliceerde onderscheid tussen toezicht en opsporing. Het gaat de omvang van dit hoofdstuk te buiten om bespiegelingen te wijden aan de vraag of het wenselijk zou zijn om de onderzoeksfase anders in te richten. Het mag evenwel niet onvermeld blijven dat in de literatuur aan deze vraag reeds belangrijke beschouwingen zijn gewijd. Die beschouwingen omvatten grofweg drie thema's, die ik ter afsluiting van dit hoofdstuk kort noem. Allereerst betreft het de functionaliteit van het onderscheid tussen toezicht en opsporing. Hoewel in historisch perspectief niet kan worden gezegd dat van een scherpe onderscheiding – of beter gezegd: een scheiding – tussen beide ooit sprake is geweest, mag het tegelijkertijd duidelijk zijn dat binnen de bijzondere wetgeving de begrippen toezicht, controle en opsporing niet weg te denken zijn. Het loslaten van het onderscheid tussen toezicht en opsporing kan mogelijk voor meer helderheid zorgen, al is het niet uitgesloten dat men dan weer op andere afbakeningsvragen stuit.¹⁴⁴ Een tweede thema raakt aan de vraag in hoeverre het nodig en wenselijk is dat in bijzondere wetten afzonderlijke opsporingsbevoegdheden worden verschaft. In het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* zijn de mogelijkheden verkend van een integratie van die bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering. De bevindingen strekken ertoe dat een dergelijke integratie te realiseren is en dat daaraan ook belangrijke voordelen zijn verbonden.¹⁴⁵ Het laatste thema betreft de medewerkingsplichten die op een burger rusten in het kader van toezicht en opsporing. Het feit dat uit de Straatsburgse rechtspraak geen eenvoudig te hanteren schema volgt in welke gevallen dergelijke medewerkingsplichten al dan niet strijd met art. 6 EVRM opleveren, roept de vraag op of een betere afstemming van de rechtspraak van de Hoge Raad op die van het EHRM mogelijk is en ook of het niet wenselijk zou zijn dat de Nederlandse wetgeving zelf in een nadere normering voorziet. Ook op dit punt zijn in de literatuur gedachten ontvouwd, waarbij er wordt gepleit voor een duidelijker afbakening van de medewerkingsplicht (en de consequenties van het niet nakomen van die plicht) vanaf het moment dat een verdenking ontstaat.¹⁴⁶

143 Toepassing van deze maatstaf lijkt besloten te liggen in Rb. Breda 7 juli 2009, *LJN* BJ2238. Vgl. voor het fiscale recht HR 1 juli 1991, *BNB* 1992, 306 (m.nt. P. den Boer) en HR 23 september 1992, *BNB* 1992, 387 (m.nt. P. den Boer). Zie ook Luchtman 2007b, p. 676-677.

144 Vgl. Peçi 2006.

145 Kwakman 2002.

146 Luchtman 2007b, p. 680 (daarbij voortbouwend op de bevindingen in Luchtman 2007a).

Literatuur

- Aler, G.P.A., *De politiebevoegdheid bij opsporing en controle*, Zwolle: Tjeenk Willink 1982.
- Blok, A.J. en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces, Eerste deel*, Haarlem: Tjeenk Willink 1925.
- Borgers, M.J., Het opsporingsbegrip anno 2009, in: M.J. Borgers, M.J.A. Duker en L. Stevens (red.), *Politie in beeld; liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 27-64.
- Brouwer, D.V.A., *Dwangmiddelen in bijzondere wetten*, Deventer: Gouda Quint 1999.
- Buruma, Y., *De strafrechtelijke handhaving van bestuurswetten*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Buuren, P.J.J. van, Toezicht en opsporing, in: J.P. Balkema en C.J.C.F. Fijnaut (red.), *De politieke handhaving van strafwetgeving*, Lochem: Van den Brink 1986, p. 66-76.
- Corstens, G.J.M., *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
- Corstens, G.J.M., *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Fokkens, J.W. en W.J.V. Spek, Het nemo tenetur beginsel en het Nederlandse straf(proces)recht, in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht; liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 147-160.
- Gritter, E., G. Knigge en N.J.M. Kwakman, *De WED op de helling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
- Hendriks, L.E.M. en J. Wöretshofer, *Milieustrafrecht*, Deventer: Kluwer 2002.
- Jansen, O.J.D.M.L., *Het handhavingsonderzoek*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.
- Keulen, B.F. en G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- Knigge, G., Controle door de FIOD, *Ars Aequi* 1988, p. 772-775.
- Knigge, G., Van opsporing en strafvordering, *DD* 1990, p. 195-213.
- Knigge, G., Opsporing, vervolging en berechting als fasen in de strafvordering, in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-34.
- Knigge, G. en N.J.M. Kwakman, Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 125-347.
- Koops, B.J. en L. Stevens, J.B. versus Saunders. De groeiende duisternis rond nemo tenetur, *DD* 2003, p. 281-294.
- Kwakman, N.J.M., De verhouding van het Wetboek van Strafvordering, de opsporingsbevoegdheden in bijzondere wetten en de buitengewone opsporing, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 599-688.
- Luchtman, M.J.J.P., *Grensoverschrijdende sfeercumulatie* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007. (a)
- Luchtman, M.J.J.P., Sfeercumulatie in het verkeersrecht en het fiscale recht, *DD* 2007, p. 657-681. (b)
- Melai, A.L., M.S. Groenhuijsen et al. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbladig).
- Mevis, P.A.M., Van opsporing, strafvordering en legaliteit, *DD* 1990, p. 936-945.

- Mulder, A. en D.R. Doorenbos, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.
- Peçi, I., *Sounds of Silence* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- Peçi, I. en E. Sikkema, De rechtsbeschermende functie van het opsporingsbegrip, in: A.A. Franken, M. de Langen en M. Moerings (red.), *Constante waarden; liber amicorum Constantijn Kelk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 353-362.
- Reijntjes, J.M., *Boef of burger?*, Arnhem: Gouda Quint 1989.
- Reijntjes, J.M., Het begrip opsporing, *DD* 1997, p. 213-229.
- Minkenhof, A. en J.M. Reijntjes, *Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.
- Stevens, L., *Het nemo teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.
- Stevens, L., Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip, *DD* 2007, p. 682-697. (a)
- Stevens, L., De reikwijdte van het nemo teneturbeginsel buiten de verklaringsvrijheid, *NJCM* 2007, p. 625-634. (b)
- Valkenburg, W.E.C.A., *Inleiding fiscaal strafrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
- Wattel, P.J., *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Deventer: FED 1990.