

## Richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld; iets nieuws onder de zon?<sup>2</sup>

DD 2016/64

### 1. Inleiding

In de lente van dit jaar zag Richtlijn (EU) 2016/343 van het Europese Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn, het levenslicht.<sup>3</sup> Deze richtlijn roept in strafzaken voor lidstaten de algemene verplichting in het leven om ervoor zorg te dragen 'dat verdachten en beklaagden voor onschuldig worden gehouden totdat hun schuld in rechte is komen vast te staan' (artikel 3).<sup>4</sup> De vraag rijst of de richtlijn over de onschuldpresumptie meerwaarde heeft, met name omdat die verplichting ingevolge artikel 6 lid 2 EVRM immers sinds jaar en dag al bestaat voor de lidstaten. Laatstgenoemde bepaling houdt in dat eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

Na een korte vergelijking op hoofdpunten van de concrete inhoud van beide instrumenten in deze inleiding, behandel ik eerst de achtergrond, doel en reikwijdte van de richtlijn (paragraaf 2). Daarna komt de inhoud van de richtlijn zelf aan de orde, steeds ten opzichte van de meer specifieke uitleg die het EHRM aan de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM heeft gegeven (paragraaf 3 en 4). Op basis daarvan moet tot slot de vraag worden gesteld of de richtlijn wel een meerwaarde heeft voor het positieve Nederlandse strafrecht, meer in het bijzonder dus ten opzichte van artikel 6 lid 2 EVRM. Noopt de richtlijn voor het Nederlandse recht tot enige aanpassing (paragraaf 5)?

De richtlijn houdt meer in het bijzonder in dat een verdachte of beklaagde door publieke organen niet publiekelijk als schuldig mag worden aangeduid en ook niet als zodanig mag worden gepresenteerd (artikelen 4 en 5). Daarnaast rust de 'bewijslast' om de schuld van de verdachte vast te (laten) stellen bij de vervolgende instantie en werkt 'iedere twijfel over de schuldvraag in het voordeel van de verdachte of beklaagde' (artikel 6). Zij dienen voorts het recht te hebben 'om te zwijgen in verband met het strafbaar feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd' en hoeven zichzelf niet te belasten (artikel 7). Bij een schending van deze rechten behoren zij te beschikken over 'een doeltreffende voorziening in rechte' (artikel 10). In zijn rechtspraak heeft het EHRM de inhoud van dit gebod op zijn beurt ook nader ingevuld. De 'bewijslast' (of in ieder geval de bewijssaandragplicht, of *burden of proof*) dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan ligt bij de overheid en een verdachte

---

1 Mr. dr. Joost Nan is universitair docent straf(proces)recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en (cassatie) advocaat te Den Haag.

2 Citeerwijze: J.S. Nan, 'Richtlijn 2016/343, betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld; iets nieuws onder de zon?', *DD* 2016/64.

3 *Publicatieblad van de Europese Unie*, 11 maart 2016, L65/1. De richtlijn moet 1 april 2018 zijn 'omgezet'. Het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn wordt, zoals uit de titel van de richtlijn kan blijken, ook gewaarborgd (artikel 8 en 9), maar laat ik grotendeels onbesproken. Zie daarvoor L.A. van Noorloos, 'De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel', *NTER* 2016/5, par. 6.

4 In de richtlijn en alle bijbehorende stukken wordt in één adem steeds gesproken van verdachten en beklaagden. Ik gebruik steeds de term 'verdachte'. Voor Nederland kan daaronder immers zowel de materiële als de formele verdachte worden verstaan (zie artikel 27 Sv).

behoort dienaangaande het voordeel van de twijfel dient te krijgen (*in dubio pro reo*). Als procesbeginsel ziet de onschuldpresumptie volgens het EHRM voorts in ieder geval nog op ‘legal presumptions of fact and law’, ‘the privilege against self-incrimination’, ‘pre-trial publicity’ en ‘premature expressions, by the trial court or by other public officials, of a defendant’s guilt’. En daarbuiten worden (gewezen) verdachten door de onschuldpresumptie ook beschermd (dan vervult zij meer de rol van bejegeningbeginsel). Zolang zij maar niet veroordeeld zijn, mag de verdenking hen niet worden nagedragen.<sup>5</sup> Het EHRM heeft aldus – net als de richtlijn – geen limitatieve opsomming gegeven van de diverse aspecten die aan de onschuldpresumptie zitten, zodat de reikwijdte van het beginsel buiten deze aspecten om ook voor hem geen vaststaand gegeven is. Keijzer heeft in dat verband wel gezegd dat het EHRM zich daarmee ‘in de nesten heeft gewerkt’.<sup>6</sup> Over de precieze reikwijdte bestaat in de rechtspraak van het EHRM en de literatuur geen consensus.<sup>7+8</sup> Dat over de precieze inhoud van de onschuldpresumptie geen (Europese) overeenstemming bestaat, wordt nog eens duidelijk omdat de richtlijn daarvan maar ‘bepaalde aspecten’ regelt.

## 2. Achtergrond en reikwijdte

### 2.1 Achtergrond

Het is niet zonder meer vanzelfsprekend dat de richtlijn er gekomen is. Er was wel een Groenboek over de onschuldpresumptie uit 2006, maar in de Routekaart ter versterking van procedurele rechten van verdachten en beklagden in strafprocedures uit 2009 kwam zij niet voor.<sup>9</sup> Snel daarna werd het vermoeden van onschuld echter wel vermeld in het Stockholm Programma bij de behandeling van individuele rechten in strafprocedures. De routekaart werd in dat programma opgenomen en de Europese Commissie werd verzocht te onderzoeken of onder meer ook het vermoeden van onschuld moest worden aangepakt ‘om tot een betere samenwerking te komen’.<sup>10</sup> Uit de inlichtingen die de minister aan de Staten-Generaal heeft gegeven, blijkt ook dat er per saldo niet zo heel veel onderhandeld is tussen eerst lidstaten in de Raad voor de totstandkoming van de General Approach en in de fase daarna tussen de Raad, de Europese Commissie en het Europees Parlement in de triloof fase. In ieder geval op detailniveau zijn maar enkele aspecten wezenlijk bevochten, in het bijzonder de feitelijke en wettelijke vermoedens (zie daarover par. 3.2.1).<sup>11</sup> (Concept)richtlijnen worden inmiddels voorafgegaan door een zogeheten Impact assessment over het hoe en waarom van nieuwe instrumenten. Het Impact assessment en de toelichting op de richtlijn bevestigen nog maar eens dat de gedachte was dat door het vastleggen van de deelrechten die voortvloeien uit het recht op een eerlijk strafproces, vooral een dieper wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafrechtelijke systeem zou

5 Zie vooral EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 93-94 en 98.

6 EHRM 28 april 2005, 72758/01, *NJ* 2005/569, m.nt. Keijzer (*A.L./Duitsland*).

7 Zie bijvoorbeeld C.-F. Stuckenberg, ‘Who is Presumed Innocent of What by Whom?’, *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 302-303 en E. van Sliedregt, ‘Dadelijke tenuitvoerlegging van straffen en de onschuldpresumptie’, *RM Themis* 2015/1, p. 14-22. Men vindt bij schrijvers dan ook steeds een net iets ander lijstje met aspecten. Zie over onderkende onderdelen bijvoorbeeld G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 45-47.

8 Een enkeling gaat zelfs zo verder dat het vermoeden van onschuld meerdere verschijningsvormen kent en een horizontale werking heeft. Zie A. Duff, ‘Who must Presume Whom to Be Innocent of What?’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013, p. 170-192. Zie ook A. Duff 2013, ‘Presumptions Broad and Narrow’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013, p. 268-274.

9 Resolutie van de Raad voor Europa van 30 november 2009, *PbEU* C 295/1.

10 Nota van 2 december 2009, 17024/09, p. 17-18.

11 Zie over de onderhandelingen de brief van de minister van 8 februari 2016, *Kamerstukken I* 2015/16, 33832, D en van 5 november 2015, *Kamerstukken I* 2015/16, 33832, C.

ontstaan, hetgeen de samenwerking tussen lidstaten zou bevorderen (bijvoorbeeld door wederzijdse erkenning).<sup>12</sup> Op het punt van de onschuldpresumptie zouden niet alle aspecten in voldoende en gelijke mate beschermd worden in de lidstaten (zeker niet in de praktijk), zodat niet alleen de rechten van individuen op een eerlijk proces geschonden werden, maar ook het wederzijds vertrouwen en de daarop gebaseerde samenwerking werden ondermijnd.<sup>13</sup> Voorts worden de diverse aspecten van het vermoeden van onschuld niet steeds even concreet ingevuld door het EHRM en worden zaken altijd gezien in de concrete omstandigheden van het geval, in het licht van de gehele procedure. En in plaats van bescherming achteraf, zou in geval van een schending van de onschuldpresumptie zo veel mogelijk lopende het proces naar een remedie moeten worden gezocht. De rechtspraak van het EHRM zou laten zien dat schendingen van het vermoeden van onschuld nog te vaak zouden voorkomen.<sup>14</sup> De werking van artikel 6 EVRM zou, kortom, niet voldoende zijn. Ook uit een consultatie onder deskundigen zou moeten blijken dat er reden was voor legislatieve actie door de Europese Unie met betrekking tot de belangrijkste deelrechten van het onschuldbeginsel. Slechts zeventig procent van de correspondenten gaf namelijk aan dat de onschuldpresumptie in theorie en praktijk voldoende werd gewaarborgd en hiervoor adequate procedures waren. Iets meer dan de helft koppelde terug dat een gebrek aan minimumregels van de Europese Unie leidde tot minder wederzijds vertrouwen, terwijl een kwart meende dat daardoor de rechtshulp soms haperde. Er zouden minimumstandaarden moeten komen.<sup>15</sup>

Nederland heeft in eerste instantie de noodzaak en meerwaarde ervan betwist, nu in het Nederlandse strafprocesrecht en het EVRM de onschuldpresumptie voldoende werd gewaarborgd en de bepalingen uit de conceptrichtlijn te algemeen waren en tot verwarring zouden leiden.<sup>16</sup> In het Impact assessment is erkend dat de officiële positie van de diverse lidstaten nog niet duidelijk was.<sup>17</sup> Maar Nederland stond in haar negatieve grondhouding vrijwel alleen, al was ook Engeland kritisch.<sup>18</sup> Uiteindelijk heeft Nederland bakzeil moeten halen omdat de scepsis niet door andere lidstaten werd gedeeld om een richtlijn tegen te houden. De andere lidstaten meenden toch al aan de voorgestelde eisen te voldoen en verzetten zich niet tegen het gezamenlijk streven naar een eerlijk proces door middel van een collectieve verankering van de onschuldpresumptie, met als doel het wederzijdse vertrouwen te bevorderen. De Nederlandse strategie was vervolgens de inhoud van de richtlijn dan maar zo veel mogelijk te laten aansluiten bij artikel 6 EVRM.<sup>19</sup>

Ik kan mij die oorspronkelijke opstelling van Nederland goed voorstellen. De redenen van de Europese Commissie om een hele richtlijn op te tuigen komen mij niet overtuigend voor.

12 Impact assessment (te raadplegen via [http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/swd\\_2013\\_480\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/swd_2013_480_en.pdf)). Zie ook de toelichting onder punt 47 van de oorspronkelijke tekst.

13 Impact assessment, p. 13: 'An analysis of the legal situation in the Member States' regarding protection of the presumption of innocence (...) shows that for some specific problems below, the legal regimes of the Member States appear to comply with the principles set out by the Charter and the ECHR, and it appears that it is the respect of the presumption of innocence in practice which is at stake. For other aspects, however, it is the legal regime itself which is insufficient. [accentuering weggehaald, JSN]' In Annex VII worden voorbeelden genoemd, maar van een hele waslijst is geen sprake.

14 Zie in het bijzonder Annex IV en p. 13-14. Het ging om 26 zaken in de periode 2007-2012. Dit werd evenwel als topje van de ijsberg gezien, (p. 14).

15 Impact assessment, Annex II en III.

16 *Kamerstukken II*, 2013/14, 22112, 1771 (BNC-fiche). Zie ook de brief van toenmalig minister Opstelten van 10 maart 2014, 488328. Anders: Commissie Meijers, in haar brief van 6 oktober 2014, p. 1-2 (CM1408), online te vinden via [www.commissie-meijers.nl](http://www.commissie-meijers.nl).

17 Impact assessment, p. 11.

18 Zie het advies van het Lagerhuis van het Verenigd Koninkrijk, mededeling van 12 maart 2014 (0009/2014).

19 *Kamerstukken II* 2014/15, 32317, 251, p. 7.

De belangrijkste aspecten van de onschuldpresumptie hebben in Europa alleen al door artikel 6 EVRM gelding.<sup>20</sup> Daarmee heeft het beginsel een solide basis in alle lidstaten en door het EHRM is de invulling ervan door de jaren heen op zich ordelijk uiteengezet, uiteindelijk zelfs in één arrest.<sup>21</sup> Het Impact assessment toont volgens mij de noodzaak tot handelen niet aan. De reeds bestaande juridische uitwerking van de onschuldpresumptie is voor vrijwel alle lidstaten in kaart gebracht.<sup>22</sup> Het blijkt dat de deelrechten ofwel steeds in het nationale recht zijn opgenomen (zoals het zwijgrecht), of uit het beginsel kunnen worden afgeleid (zoals publieke uitlatingen over de schuld van de verdachte). Overal is het uitgangspunt dat de *burden of proof* bij de overheid ligt (al is er in sommige gevallen wel een omkering mogelijk). Dat enkele lidstaten, waaronder Nederland, het *nemo tenetur*-beginsel niet expliciet in hun nationale regels hebben opgenomen, doet niet af aan het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende recht voor verdachten om niet te hoeven meewerken aan een veroordeling. Dat er hier en daar nog schendingen van de onschuldpresumptie voorkomen – in niet-schrikbarende aantallen – ligt mijns inziens niet aan een vage toepassing ervan door het EHRM.<sup>23</sup>

Per saldo is de juridische basis aangaande de onschuldpresumptie in de lidstaten op orde en gaat het volgens mij vooral om de attitude van de autoriteiten (en de media) in de praktijk. Het is meer een kwestie van houding en van ‘doen’ door de betrokken personen bij een strafzaak, dan dat nóg een (Europees) instrument in het leven moet worden geroepen (met dezelfde facetten). In een – toch bescheiden te noemen – aantal zaken constateert het EHRM weliswaar een schending van de onschuldpresumptie en ook daarbuiten worden inbreuken op de onschuldpresumptie gemeld. Maar ik geloof niet dat dit een EU-richtlijn kan rechtvaardigen.<sup>24</sup> Dat in veel gevallen de naleving van het vermoeden van onschuld door de betrokken autoriteiten met de inwerkingtreding van deze richtlijn opeens anders wordt en de wederzijdse rechtshulp zal opbloeien, acht ik niet waarschijnlijk.

Hier moet nog wel worden opgemerkt dat in de oorspronkelijke richtlijn van november 2013 aan de verdachte een sterkere positie werd toebedeeld dan het geval is in het eindproduct dat uiteindelijk in maart 2016 tot stand is gekomen. In de eerste versie werd een algemene bewijsstandaard in het leven geroepen waarbij elke gegronde twijfel tot vrijspraak zou moeten leiden en zou het verweer tegen een (bewijs)vermoeden worden gereguleerd. Ook mocht een beroep op het zwijgrecht of het recht om zichzelf niet te belasten op geen enkele manier in het nadeel van de verdachte uitpakken, ook niet bij de beoordeling van de feiten. Bij een schending van deze rechten was bewijsuitsluiting als rechtsgevolg de voorziene hoofdregel. En van deze rechten moest de verdachte op de hoogte worden gesteld. Maar gaandeweg zijn deze punten vakkundig afgezwakt of zelfs afgeschaft (zie hierover par. 3.2, 3.3 en 4). Wellicht is de richtlijn er in afgezwakte vorm toch ook gekomen als bouwsteen voor een aparte rechtsruimte in het kader van de Europese ruimte van vrijheid, veiligheid en recht als bedoeld in artikel 3 lid 2 VEU. De Europese Unie bouwt of bouwde

20 Artikel 48 Handvest Grondrechten EU garandeert, indien toepasselijk (zie artikel 51), ook nog eens hetzelfde. Zie immers artikel 52 lid 3 Handvest Grondrechten EU en de toelichting (PbEU, C 303/31). Zie ook artikel 6 VEU. Daarnaast moet gewezen worden op artikel 14 lid 2 IVBPR.

21 EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 92 e.v.

22 Zie hierover Impact assessment, Annex V.

23 Daarbij komt ook dat in sommige uitspraken de norm voor het eerst verder wordt ingevuld, zodat de autoriteiten van een lidstaat daarmee niet eerder rekening kon houden.

24 Kritisch ook de *Deutscher Richterbund, Stellungnahme* van april 2015 (11/15). In het Impact assessment worden zoals gezegd 26 zaken genoemd, waarin door de jaren heen een schending van de onschuldpresumptie heeft plaatsgevonden, terwijl er jaarlijks zo'n tien miljoen strafzaken in de Europese Unie worden behandeld.

daaraan zelfstandig.<sup>25</sup> Op de meerwaarde van de uiteindelijk aangenomen richtlijn kom ik in paragraaf 5 terug.

In de richtlijn worden ook onderdelen geregeld die weinig tot niets met de onschuldpresumptie te maken hebben, maar er met de haren worden bijgesleept. Het gaat vooral om het reguleren van het aanwezigheidsrecht en verstekprocedures. De verbinding tussen het aanwezigheidsrecht en de onschuldpresumptie wordt gelegd op een manier die voor mij maar moeilijk te volgen is:

“The right to be present at trial is also closely connected with presumption of innocence. As mentioned above, one of the key requirements of presumption of innocence is, as set out by the ECtHR, the right of the suspect or accused to be informed of the case against him; consequently, the right to be present at trial, or being able to waive such right after having been informed of it, is indispensable for the exercise of the right to be informed of the case. If a suspect or accused is not given the opportunity to be present at trial because he was not informed of it, it is his right to be informed of the case that is also at stake and thus his presumption of innocence.”<sup>26</sup>

In artikel 8 is vanwege dit veronderstelde verband bepaald dat verdachten het recht moeten hebben om bij de behandeling van hun zaak aanwezig te zijn. Een proces in hun afwezigheid is alleen mogelijk als zij van de terechtzitting op de hoogte zijn gesteld en zij daarbij hetzij zijn geïnformeerd over de gevolgen van hun absentie, hetzij worden bijgestaan door een gemachtigd raadsman. In andere gevallen hebben zij recht op een nieuw proces (zie artikel 9). Artikel 7 lid 6 bepaalt voorts nog dat voor lichte strafbare feiten de procedure geheel of gedeeltelijk schriftelijk kan worden afgedaan. Wel moet het proces eerlijk blijven als in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en het EVRM voorgeschreven.<sup>27</sup> Ondanks de gestelde ‘link’ met het zwijgrecht en het recht zichzelf niet te belasten, had ik deze bepaling eerder in artikel 8 verwacht.<sup>28</sup>

## 2.2 Reikwijdte

Onder het kopje ‘toepassingsgebied’ wordt in artikel 2 de reikwijdte van de richtlijn gegeven. De richtlijn:

“is van toepassing op natuurlijke personen die verdachten of beklaagden zijn in strafprocedures. Zij is van toepassing op elk stadium van strafprocedures, vanaf het moment waarop iemand ervan wordt verdacht of beschuldigd een strafbaar feit of een vermeend strafbaar feit te hebben begaan, tot de beslissing inzake de uiteindelijke vaststelling of de betrokkene het strafbaar feit heeft begaan onherroepelijk is geworden.”

Drie hieraan verbonden beperkingen verdienen bespreking. Het eerste punt is dat de richtlijn het recht om vooralsnog voor onschuldig te worden gehouden, alleen toekent aan natuurlijke personen. De reden daarvoor is dat het beschermingsniveau van het vermoeden van onschuld in de rechtspraak van het Hof van Justitie voor rechtspersonen niet gelijk is

25 Vgl. P.A.M. Verrest, *Europese idealen* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2016.

26 Impact assessment, p. 7-8.

27 Overweging 41.

28 Zie over artikel 7 lid 6 ook L.A. van Noorloos, ‘De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel’, *NTER* 2016/5, par. 5.4.

aan dat voor natuurlijke personen.<sup>29</sup> Inderdaad reiken onder het mededingingsrecht het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel veel minder ver. Zo moeten door ondernemingen bijvoorbeeld feitelijke vragen worden beantwoord en stukken worden overgelegd aan de Europese Commissie, al gaat die verplichting niet zover dat ook een inbreuk op de regels moet worden toegegeven.<sup>30</sup> Dat rechtspersonen niet onverkort een beroep op de onschuldpresumptie kunnen doen is mondiaal geen onbekend fenomeen. Op het IVBPR kunnen rechtspersonen bijvoorbeeld in het geheel geen beroep doen. Anders ligt dat echter voor het EVRM. Rechtspersonen kunnen in de regel een beroep doen op de procedurele rechten uit artikel 6 EVRM en het EHRM lijkt bij de invulling van de onschuldpresumptie geen onderscheid te maken tussen natuurlijke en rechtspersonen.<sup>31</sup>

Het tweede punt is dat het vermoeden van onschuld alleen geldt in strafprocedures, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie in Luxemburg (maar onverminderd de jurisprudentie van het EHRM). De richtlijn is niet van toepassing op civielrechtelijke of bestuursrechtelijke procedures, ook niet wanneer bestuursrechtelijke procedures kunnen leiden tot sancties. Daarmee worden onder meer 'procedures inzake mededinging, handel, financiële diensten, wegverkeer, belastingen of bijkomende belastingheffingen, en onderzoeken van bestuurlijke instanties met betrekking tot dergelijke procedures' nadrukkelijk uitgesloten.<sup>32</sup> De jurisprudentie van het EHRM over de reikwijdte van artikel 6 (lid 2) EVRM moet daarbij dus mede in acht worden genomen.<sup>33</sup> Dat kan problematisch worden gelet op het volgende. Het Hof van Justitie leunt zwaar op de invulling van het EHRM om te kijken of een sanctie die aan het einde van een procedure wordt opgelegd, uiteindelijk als strafrechtelijk kan worden betiteld. Voor de invulling van het begrip *criminal proceedings* zal dat niet anders zijn. Daarbij haakt het Hof van Justitie aan bij de door het EHRM geformuleerde *Engel*-criteria. Die overbekende criteria houden in dat naast de nationale kwalificatie van een procedure, ook de aard van de overtreding en/of de zwaarte van de sanctie kunnen maken dat sprake is van een strafprocedure.<sup>34</sup> Ook het Hof van Justitie bekijkt '1) de juridische kwalificatie van de inbreuk in het nationale recht; 2) de aard van de inbreuk, en 3) de

29 Overweging 13. Zie ook de toelichting op het oorspronkelijke voorstel, punt 26, alsmede het Impact assessment, p. 9. Gewezen wordt op HvJ EU 29 juni 2006, I-5915 (*Tokai Carbon*); HvJ EG 18 oktober 1989, 374/87 (*Orkem*) en HvJ EG 20 februari 2001, T-122/98 (*Mannesmannröhren-Werke AG*). Zie in algemene zin over de positie van ondernemingen, R.A. Shiner, 'Corporations and the Presumption of Innocence', *Criminal Law and Philosophy*, 2014/8, p. 485-503.

30 Zie hierover I. Van Bael, *Due process in EU Competition Proceedings*, Deventer: Kluwer 2011, p. 158 e.v.

31 Vgl. P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR', 2010, par. 4.1, herhaald in P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'The Recognition of Legal Persons in International Human Rights Instruments: Protection Against and Through Criminal Justice?', in: M. Pieth & R. Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 9*, New York/Dordrecht/Heidelberg/London: Springer 2011, par. 14.4.1 en in algemene zin L. Timmermans, 'Hebben rechtspersonen mensenrechten?', in: P. van Schilfgaarde (red.), *Rechtspleging in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 43-55 en A. Dignam, 'Companies and the Human Rights Act 1998', in: D. Cambell & S. Woodley (red.) *The comparative law yearbook of international business*, Den Haag: Kluwer Law International, Vol. 26, 2004, p. 487. Dat er in dit opzicht geen onderscheid wordt gemaakt tussen natuurlijke- en rechtspersonen is niet vanzelfsprekend, zie hierover bijvoorbeeld A.L.J. van Strien, 'Rechtspersonen en mensenrechten. De gelding van mensenrechten voor rechtspersonen in het strafproces', *RM Themis* 1996, p. 9-14.

32 Overweging 11. Hierover eerder rapporteur Verboven, C 226/63.

33 Zie ook de brief van de minister van 8 februari 2016 (713349). Rapporteur Griesbeck had in haar rapport van 20 april 2015 (A8-0133/2015), nog een amendement voorgesteld waarin de koppeling met de rechtspraak van het EHRM sterker werd verwoord.

34 EHRM 8 juni 1976, 5101/71 (*Engel/Nederland*).

aard en zwaarte van de sanctie die aan de betrokkene kan worden opgelegd'.<sup>35</sup> Of daarom inderdaad ook de bestuursrechtelijke procedures die kunnen leiden tot sancties buiten de werkingssfeer van de richtlijn worden gehouden, valt te betwijfelen. Zodra deze (mede) een punitief karakter hebben, kan het volgens mij niet anders dan dat de richtlijn daarop (toch) van toepassing is.

Het derde punt is temporeel van aard. Burgers moeten voor onschuldig worden gehouden vanaf het moment dat zij ervan worden verdacht of beschuldigd een (vermeend) strafbaar feit te hebben begaan. Daarvoor is niet nodig dat zij daarvan officieel op de hoogte zijn gesteld. Aldus is sprake van een vroeg startpunt. De bescherming houdt echter op nadat op nationaal niveau de schuldvraag onherroepelijk is afgedaan. De richtlijn ziet niet op 'juridische maatregelen en voorzieningen in rechte die alleen kunnen worden toegepast nadat die beslissing onherroepelijk is geworden'. Daarmee valt de procedure bij het EHRM nadrukkelijk buiten het bereik van de richtlijn.<sup>36</sup> Hetzelfde zal gelden voor andere strafvorderlijke procedures, zoals een verzoek om schadevergoeding na afloop van de zaak of een herzieningsprocedure. Die verzoeken zijn pas mogelijk nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden, terwijl bij een herzieningsaanvraag van de zijde van de veroordeelde diens schuld dan ook nog eens in rechte is komen vast te staan (bij herziening ten nadele overigens niet). Ook latere procedures van bestuursrechtelijke of civielrechtelijke aard vallen buiten het toepassingsgebied van de richtlijn. Over het bereik van artikel 6 lid 2 EVRM heeft het EHRM overwogen dat die bepaling 'governs criminal proceedings in their entirety, irrespective of the outcome of the prosecution, and not solely the examination of the merits of the charge'.<sup>37</sup> Zelfs daarna geniet een gewezen verdachte die niet is veroordeeld, nog van de onschuldpresumptie, onder meer in samenhangende procedures.<sup>38</sup> Die nawerking heeft de richtlijn dus nadrukkelijk niet. Een verdachte kan de onschuldpresumptie die gebaseerd is op de richtlijn alleen inroepen tijdens het strafproces zelf.

### 3. Inhoud van de richtlijn

#### 3.1 Publieke verwijzingen naar schuld en de voorstelling van verdachten

Aan dit aspect werden in de oorspronkelijke opzet maar weinig woorden gewijd. In artikel 4 was opgenomen dat de lidstaten ervoor moesten zorgen dat 'vóór een definitieve veroordeling, in publieke verklaringen en officiële beslissingen van overheidsinstanties niet wordt verwezen naar verdachten of beklaagden alsof zij zijn veroordeeld'.<sup>39</sup> Nadien is dat veranderd en inmiddels valt dit onderdeel uiteen in twee bepalingen, een over (een ver-

35 HvJ EU 5 juni 2012, C-489/10 (*Bonda*), par. 37, AB 2012/315, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie nadien ook HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (*Hans Åkerberg Fransson*), par. 35, AB 2013/131, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Gesproken wordt ook wel van de 'Engel-Bonda-criteria', vgl. J. Vervaele, 'The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU', *Review of European Administrative Law* 2013-1, p. 132. Eerder werden de Engel-criteria overigens ook al door het Hof van Justitie gebruikt, zie bijvoorbeeld HvJ EU 23 december 2009, C-45/08 (*Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck*), par. 42. Een belangrijke uitspraak is voorts HvJ EU 11 juli 2002, C-210/00 (*Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG*), met name de conclusie van Advocaat-generaal Kokott.

36 Overweging 12.

37 Zie al EHRM 25 maart 1983, 8660/79, NJ 1986/698, m.nt. Alkema (*Minelli/Zwitserland*), par. 30 en EHRM 26 maart 1982, 8269/78, (*Adolf/Oostenrijk*), par. 33, alsmede EHRM 30 maart 2010, 44418/07, (*Poncelet/België*), par. 50.

38 Zie vooral EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 98 en eerder al EHRM 25 augustus 1993, 13126/87, NJ 1994/1, m.nt. Knigge (*Sekanina/Oostenrijk*), par. 30 en EHRM 21 maart 2000, 28389/95, (*Rushiti/Oostenrijk*), par. 31.

39 Overweging 13 luidde: 'Het vermoeden van onschuld is geschonden wanneer verdachten of beklaagden, zonder dat zij voordien overeenkomstig het recht schuldig zijn bevonden, in een rechterlijke beslissing of een publieke verklaring van gerechtelijke of andere overheidsinstanties worden voorgesteld alsof zij veroordeeld zijn.'

bod op) publieke verwijzingen naar hun schuld (artikel 4) en een over de voorstelling van verdachten (artikel 5). De verbinding met de opvattingen van het EHRM is hier expliciet aanwezig.<sup>40</sup> Volgens de Europese Commissie komen schendingen op dit punt te vaak voor.<sup>41</sup> De vraag is overigens waarom de publieke verwijzingen naar schuld en de voorstelling van verdachten niet in één bepaling zijn opgenomen.<sup>42</sup>

### 3.1.1 Publieke verwijzingen naar schuld

Artikel 4 ziet op de positie van verdachten in openbare verklaringen van overheidsinstanties en in rechterlijke beslissingen (niet zijnde die welke betrekking hebben op de vaststelling van schuld van de verdachte).<sup>43</sup> Het eerste lid houdt in dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen 'om ervoor te zorgen dat een verdachte of beklaagde in openbare verklaringen van overheidsinstanties en in andere rechterlijke beslissingen dan die welke betrekking hebben op de vaststelling van schuld, niet als schuldig wordt aangeduid zolang zijn schuld niet in rechte is komen vast te staan.' Die bescherming geniet de verdachte, gelet op de voormelde temporele beperking (besproken in par. 2.2), alleen gedurende de strafzaak (tot het moment van een onherroepelijk uitkomst daarvan). De overheid mag op basis van vermoedens en belastend bewijs natuurlijk wel onderzoek doen naar haar burgers en dienaangaande handelingen verrichten.<sup>44</sup> Ook mogen rechters op basis daarvan voorlopige beslissingen van procedurele aard nemen. Het staat de overheid eveneens vrij het publiek te informeren over strafzaken als dat noodzakelijk is (artikel 4 lid 3). Daarbij moet evenwel voorkomen worden dat de verdachte al als schuldige wordt neergezet. Zonder de vrijheid van de media te beïnvloeden, moet dit ook als zodanig naar hen worden gecommuniceerd.<sup>45</sup>

Ten opzichte van Straatsburg zijn dit geen andersluidende verplichtingen en vrijheden. Het EHRM heeft bepaald dat de verdachte voor onschuldig moet worden gehouden, niet alleen in het kader van diens recht op een eerlijk proces (degene die over de schuld van de verdachte oordeelt mag hierdoor niet in het nadeel van de verdachte beïnvloed worden),<sup>46</sup> maar ook met het oog op zijn verdere behandeling (zowel in als buiten rechte). De reputatie van iemand die niet is veroordeeld wegens een strafbaar feit wordt uitdrukkelijk door de onschuldpresumptie beschermd, ook na afloop van de zaak. Publieke autoriteiten, waaronder ook leden van het Openbaar Ministerie worden verstaan,<sup>47</sup> dienen zich te onthouden iemand als schuldig aan te duiden voordat deze is veroordeeld.<sup>48</sup> Blijft een veroordeling – om welke reden dan ook – uit, dan is een publieke verdachtmaking uit den boze. Het is met name niet de bedoeling dat de

40 Toelichting op de oorspronkelijke richtlijn, punt 30.

41 Impact assessment, p. 20.

42 In het Impact assessment, p. 8 en 19 e.v., wordt nog uitgegaan van het aspect van de presentatie van verdachten.

43 Blijkens overweging 17 houden 'openbare verklaringen van overheidsinstanties' in: 'elke verklaring waarin wordt verwezen naar een strafbaar feit, en die uitgaat van een instantie die betrokken is bij de strafrechtelijke procedure met betrekking tot dit strafbare feit – zoals de rechterlijke macht, politie en andere rechtshandhavinginstanties – of van een andere overheidsinstantie, zoals ministers en andere gezagsdragers, met dien verstande dat dit geen afbreuk doet aan het nationale recht inzake immuniteiten'.

44 Overweging 16. Zie hierover ook de Nota over de beoordeling van de aangepaste tekst, 29 juli 2015, 11112/15.

45 Overweging 18 en 19.

46 Al is daar zeker bij professionele rechters niet snel sprake van, vgl. bijvoorbeeld EHRM 5 december 2002, 34896/97, (*Craxi/Italië*), nr. 1, par. 104, EHRM 24 oktober 2006, 58539/00, (*Akay/Turkije*) en EHRM 29 maart 2007, 41250/02, (*Mircea/Roemenië*), par. 75.

47 Zie over de rol van de onschuldpresumptie ten aanzien van de officier van justitie, R.L. Lippke, 'The Prosecutor and the Presumption of Innocence', *Criminal Law and Philosophy* 2014/8.

48 Zie vooral EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 93-94, Lagardere/Frankrijk, par. 55, EHRM 23 oktober 2008, 13470/02, (*Khuzhin/Rusland*), par. 93-94, EHRM 25 augustus 1993, 13126/87, NJ 1994/1, m.nt. Knigge (*Sekanina/Oostenrijk*), par. 30 en EHRM 21 maart 2000, 28389/95, (*Rushiti/Oostenrijk*), par. 31, EHRM 10 februari 1995, 15175/89, (*Allenet de Ribemont/Frankrijk*), par. 35.



gewezen verdachte een strafbaar feit dan nog wordt nagedragen.<sup>49</sup> Het hangt van de concrete omstandigheden (met name van de gebruikte bewoordingen) af of het EHRM artikel 6 lid 2 EVRM in het voorliggende geschonden acht, waarbij geldt dat ongelukkige formuleringen soms met de mantel der liefde worden bedekt.<sup>50</sup> Ook heeft het EHRM oog voor de rol van de media, waarbij artikel 6 en 10 EVRM tegenover elkaar staan. De overheid mag haar burgers uiteraard informeren over strafzaken en de persvrijheid staat het toe daarover te publiceren, ook in stevige bewoordingen. Voorkomen moet evenwel worden dat het recht op een eerlijk proces en de status van de verdachte – en ook niet meer dan ‘slechts’ verdachte – daardoor in gevaar komt.<sup>51</sup>

### 3.1.2 Voorstelling van verdachten

In het verlengde van artikel 4 is uiteindelijk in artikel 5 apart de verplichting voor lidstaten in het leven geroepen om passende maatregelen te nemen ‘om te waarborgen dat verdachten of beklaagden, in de rechtbank of in het openbaar, niet als schuldig worden voorgesteld door vrijheidsbeperkende middelen te gebruiken.’<sup>52</sup> Het is dus niet de bedoeling de verdachte in of buiten de rechtszaal te presenteren als boef, bijvoorbeeld met handboeien of een enkelband om, in een glazen cel of kooi of in gevangenskleding.<sup>53</sup> Dat kan immers de indruk wekken dat de verdachte al schuldig is.<sup>54</sup> Het gaat erom dat de verdachte in zijn voorkomen naar buiten toe niet reeds als ‘crimineel’ wordt neergezet, hetgeen vroeger wel gebeurde. Van een neutrale bejegening van de verdachte was veelal geen sprake. Van Veen dichtte hem daarom in dergelijke gevallen de rol van verdachte toe, die al tijdens het proces ‘getekend’ terecht stond, als zondebok en onmens, nog voordat de rechter over zijn schuld had geoordeeld. Hij was van mening dat de verdachte zichzelf mag zijn en zijn eigen kleding behoort te dragen (anders dan de rechter, de officier van justitie en de raadsman, die q.q. optreden).<sup>55</sup> De oude tijden dat verdachten in een zwart-wit gestreepte of oranje overall of geketend moeten plaatsnemen in het beklagdenbankje behoren nu echt voorbij te zijn. De rechtspraak van het EHRM heeft ook oog voor dit soort situaties. Niet alleen in woord, maar ook in gebaar mag niet publiekelijk de impressie worden gewekt dat de verdachte al schuldig is. Problematisch kan het onder meer zijn om verdachten in het openbaar te presenteren met handboeien om, met gevangenskleding aan, te plaatsen in een kooi of iets dergelijks of te omringen door zwaar bewapende agenten. Dit alles kan vooraf de suggestie wekken dat het gaat om (zwarte) criminelen. Denkbeeldige situaties zijn dit overigens niet. Het EHRM geeft aan dat verdachten ook vandaag de dag in diverse landen bijvoorbeeld in de zittingszaal moeten plaatsnemen in een *special compartment* of een glazen kooi. Een dergelijke behandeling kan

49 EHRM 25 augustus 1993, 13126/87, *NJ* 1994/1, m.nt. Knigge (*Sekanina/Oostenrijk*), par. 30 en EHRM 21 maart 2000, 28389/95, (*Rushiti/Oostenrijk*), par. 31 en zie vooral EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 94 en 98. De richtlijn onschuldpresumptie heeft die nawerking, zoals gezegd, niet.

50 EHRM 10 oktober 2000, 42095/98, (*Daktaras/Litouwen*), par. 41-45.

51 Hierover EHRM 24 oktober 2006, 58539/00, (*Akay/Turkije*) en EHRM 30 juni 2009, 75109/01, (*Viorel Burzo/Roemenië*), par. 158.

52 Deze bepaling werd geïntroduceerd voorafgaand aan de eerste triloog, zie Nota van 20 april (8097/15) en voorts de Nota van 6 mei 2015 (8547/15) en de Nota ter voorbereiding van de tweede triloog van 23 juni 2015 (10131/15).

53 Dat is anders als vrijheidsbeperkende middelen in het concrete geval nodig zijn om veiligheidsredenen of om te voorkomen dat verdachten ontsnappen of contact hebben met anderen, zoals getuigen of slachtoffers (zie artikel 5 lid 2 van de richtlijn en overweging 20).

54 Overwegingen 20 en 21. Zie hierover ook de Nota over de beoordeling van de aangepaste tekst, 29 juli 2015, 11112/15 en de toevoeging van overwegingen 20 en 21 door het Europese Parlement d.d. 20 januari 2016, P8\_TA-PROV(2016)0011.

55 Th.W. van Veen, ‘De betekenis van het strafproces voor onze samenleving’, *TvS* 1969, p. 130-131.

zowel op basis van de onschuldpresumptie, als via de band van artikel 3 en 5 EVRM problemen opleveren.<sup>56</sup> Ook dit aspect van de richtlijn wordt dus door artikel 6 lid 2 EVRM afgedekt.

## 3.2 De schuld(vraag)

### 3.2.1 Bewijslast

Artikel 6 lid 1 van de richtlijn schrijft voor dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen ‘dat de bewijslast voor de vaststelling van de schuld van verdachten en beklaagden op de vervolgende instantie rust’. Dat de *burden of proof* bij het Openbaar Ministerie ligt, leverde bij de totstandkoming van de richtlijn op zich geen discussie op. Maar in het begin was over wettelijke en feitelijke vermoedens een bepaling in de richtlijn opgenomen die regelde wanneer de ‘bewijslast’ kon overgaan op de verdachte en hoe deze door hem op zijn beurt weerlegd kon worden. Voor het vermoeden moest voldoende aanleiding bestaan en het mocht niet onweerlegbaar zijn, terwijl het – kort gezegd – voor de weerlegging daarvan voor de verdachte voldoende was gegronde twijfel te zaaien over zijn schuld (zie het oorspronkelijke artikel 5 lid 2).<sup>57</sup> Aansluiting werd gezocht bij de rechtspraak van het EHRM. Een verschuiving van de bewijslast naar de verdachte kon worden geaccepteerd als dat met voldoende waarborgen was omkleed en binnen redelijke perken bleef.<sup>58</sup> Deze bepaling heeft het uiteindelijk niet gered, ondanks herhaaldelijk aandringen van de Europese Commissie. De Europese Commissie stelde dat het schrappen van de bepaling over vermoedens zou leiden tot implementatieproblemen.<sup>59</sup> Nederland wilde op haar beurt aan de andere kant zelfs veel verdergaan door een bepaling op te nemen dat vermoedens in beginsel weerlegbaar moesten zijn, maar dat bij kleine (verkeers)overtredingen wel van een onweerlegbaar vermoeden kon worden uitgegaan. Onder verwijzing naar *Falk tegen Nederland* over de kentekenaansprakelijkheid van artikel 5 WAHV,<sup>60</sup> meende Nederland dat dit niet in strijd was met de opvatting van het EHRM.<sup>61</sup> Dit voorstel van Nederland heeft het evenmin gehaald. Mijns inziens zou dat ook een brug te ver zijn geweest.<sup>62</sup>

In de bepalingen van de richtlijn zelf is over bewijsvermoedens niets terug te vinden. In overweging 22 is evenwel met zoveel woorden neergelegd wat oorspronkelijk de gedachte van de Europese Commissie met artikel 5 lid 2 was. Een vermoeden moet binnen de redelijke grenzen blijven, weerlegbaar zijn en de rechten van de verdediging moeten bij de toepassing

56 Zie daarover EHRM 31 mei 2011, 5829/04, (*Khodorkovskiy/Rusland*), par. 123. Zie ook EHRM 4 maart 2008, 33065/03, (*Samoila en Cionca/Roemenië*), par. 100, EHRM 27 januari 2009, 1704/06, (*Ramishvili/Georgië*), par. 132, EHRM 12 januari 1998, 37998/97, (*Meerbrey/Duitsland*) en EHRM 9 november 1989, 11837/85, (*Auguste/Frankrijk*).

57 Artikel 5 lid 2, COM(2013) 821 final, 2013/0407 (COD), luidde: ‘De lidstaten zorgen ervoor dat elk vermoeden dat de bewijslast naar de verdachten of beklaagden verschuift, van voldoende belang is om een afwijking van dit beginsel te rechtvaardigen en weerlegbaar is. Om een dergelijk vermoeden te weerleggen, volstaat het dat de verdediging voldoende bewijs aanvoert om gegronde twijfel te doen ontstaan over de schuld van de verdachte of beklaagde.’

58 Toelichting, COM(2013) 821 final, 2013/0407 (COD), punt 32 en overweging 15.

59 Zie onder meer diens mededeling van 1 februari 2016, 5561/16 en de Nota van 11 januari 2016, 5098/16.

60 Daarover uitgebreid E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2015, par. 7.5.

61 Nota van 22 september 2014 met de concepttekst, onder punt 28 en overweging 15 en General approach, 4 december 2014, 16531/14, alsmede L.A. van Noorloos, ‘De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel’, *NTER* 2016/5, par. 4.

62 Terecht kritisch hierover ook de Commissie Meijers in haar brief van 6 oktober 2014 (CM1408), p. 2-3, waarop door de minister weer is gereageerd bij brief van 14 november 2014 (578055), *Kamerstukken II* 2014/15, 32317, 255 en daarop door de Commissie Meijers bij brief van 1 december 2014 (CM1414).

ervan worden gerespecteerd.<sup>63</sup> In hoeverre dit – in tegenstelling tot het voorgestelde artikel 5 lid 2 – (wel) tot implementatieproblemen zou kunnen leiden zie ik niet in.<sup>64</sup> Deze voorgestelde bepaling in de Richtlijn van de Europese Commissie was niet echt concreter dan de huidige overweging, terwijl ook de overweging overduidelijk aansluit bij de vaste uitgangspunten van het EHRM op dit punt.<sup>65</sup> De rechter zal moeten oordelen of het vermoeden opgaat en of de verdachte vervolgens erin is geslaagd het vermoeden te weerleggen. Dat de verdachte de rechter aan het twijfelen krijgt, zal daarvoor voldoende moeten zijn, het ontbreken van een passage in de richtlijn hierover ten spijt.

### 3.2.2 *In dubio pro reo*

In het tweede lid van artikel 6 van de richtlijn is bepaald dat lidstaten moeten waarborgen ‘dat iedere twijfel over de schuldvraag in het voordeel van de verdachte of de beklaagde werkt, ook wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken’. Wat als eerste moet worden opgemerkt is dat de oorspronkelijke tekst het beginsel van *in dubio pro reo* iets anders verwoordde. Eind 2013 werd namelijk nog voorgeschreven ‘dat, wanneer de procesrechter de schuld van een verdachte of beklaagde onderzoekt en er *gegronde* twijfel bestaat over de schuld van de betrokkene, deze wordt vrijgesproken [mijn cursivering, JSN]’.<sup>66</sup> Toch moet achter het wegvallen van het woord ‘gegronde’ niet te veel worden gezocht, omdat in de begeleidende stukken al werd gesproken van ‘elke twijfel’.<sup>67</sup> Daarnaast is in de voorbereiding veelvuldig verwezen naar de rechtspraak van het EHRM op dit punt. Het EHRM gaat ervan uit dat ‘any doubt should benefit the accused’.<sup>68</sup> Belangrijker is dat uit deze initiële redactie kan blijken dat het in eerste instantie de bedoeling was om ook een bewijsstandaard op te nemen.<sup>69</sup> Bij (gegronde) twijfel moest de verdachte worden vrijgesproken door ‘de procesrechter’. Dit werd evenwel te ingrijpend gevonden. Niet kon worden geaccepteerd dat aan rechters een instructie op dit punt werd gegeven, nu niet alle lidstaten uit de voeten konden met deze standaard. Als compromis is uiteindelijk aan artikel 6 lid 2 toegevoegd ‘ook wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken’.<sup>70</sup> In het Groenboek werd overigens nog gesteld dat het doorgaans gebruikelijk is dat alleen een veroordeling kan volgen als de jury of de rechter de schuld van de verdachte vaststelt ‘beyond reasonable doubt’.<sup>71</sup> Deze bewijsdrempel wordt zonder veel omhaal

63 Overweging 22 luidt: ‘Evenmin doet het [vermoeden van onschuld, JSN] afbreuk aan het gebruik van wettelijke of feitelijke vermoedens inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een verdachte of beklaagde. Dergelijke vermoedens moeten binnen redelijke grenzen blijven, rekening houdend met het belang van wat er op het spel staat en de handhaving van de rechten van de verdediging. Daarnaast dienen de gehanteerde middelen in redelijke verhouding te staan tot het legitieme doel dat wordt nagestreefd. Dergelijke vermoedens moeten weerlegbaar zijn en mogen in ieder geval alleen dan worden gebruikt wanneer de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd.’ Zie over de totstandkoming ook *Kamerstukken I 2015/16, 33832, C*.

64 In de concepttekst van 27 januari 2016, PE-CONS 63/15, was de overweging ook al opgenomen.

65 Daarover uitgebreid E.H.A. van Luijk, *Het schuldbeginnel in het Nederlandse strafrecht* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2015, par. 7.4.

66 Artikel 5 lid 3, COM(2013) 821 final, 2013/0407 (COD). In de Engelse tekst is men van ‘reasonable doubt’ naar ‘any doubt’ gegaan.

67 Zie punt 14 van de toelichting en overweging 14.

68 Groenboek over het vermoeden van onschuld 2006, p. 6, te raadplegen via <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2006/NL/1-2006-174-NL-F1-1.Pdf>. Impact assessment, p. 21. Het gaat veelal om EHRM 6 december 1988, 10590/83, (*Barberà, Messegué en Jabardo/Spanje*).

69 De oorspronkelijke titel van artikel 5 luidde niet voor niets: ‘Bewijslast en vereiste bewijsstandaard’.

70 Zie de Nota over het oriënterend debat over artikel 5 (‘bewijslast’), 30 september 2014, 13538/14 en de Nota over de beoordeling van de aangepaste tekst, 29 juli 2015, 11112/15, alsmede L.A. van Noorloos, ‘De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel’, *NTER* 2016/5, par. 4.

71 Groenboek 2006, p. 6. Zeker in de Angelsaksische wereld is dit de standaard.

ook wel ingelezen in de onschuldpresumptie.<sup>72</sup> Maar eigenlijk is dat een andere kwestie.<sup>73</sup> In de richtlijn is over de bewijsstandaard geen consensus bereikt en lidstaten kunnen derhalve hun eigen bewijsstandaard blijven hanteren. Misschien moet artikel 6 lid 2 van de richtlijn uiteindelijk zo worden gelezen dat als er ook maar enige twijfel bestaat of de bewijsstandaard in het voorliggende geval is behaald (wat deze standaard in de desbetreffende lidstaat ook moge zijn), dit in het voordeel van de verdachte moet uitpakken.<sup>74</sup> Daarmee kunnen immers alle lidstaten hun eigen bewijsstelsel blijven toepassen, terwijl het idee van *in dubio pro reo* behouden blijft.<sup>75</sup>

Een andere vraag die in dit verband opkomt, is die naar de reikwijdte van twijfel over de schuldvraag. Door de toevoeging dat het voordeel van de twijfel ook geldt wanneer de rechter beoordeelt of de betrokkene moet worden vrijgesproken, wordt duidelijk dat de schuldvraag breder worden opgevat dan – naar Nederlands recht vertaald – enkel de bewijsvraag van artikel 350 Sv. In elke fase van het onderzoek naar de verdachte dient de verdachte dus het voordeel van de twijfel te krijgen als de (feitelijke) vraag aan de orde komt of hij zich mogelijk schuldig heeft gemaakt aan het delict waarvan hij wordt beschuldigd. Als de rechter-commissaris of de rechtbank bijvoorbeeld twijfelt of tegen de verdachte ernstige bezwaren bestaan, moet het toepassen van voorlopige hechtenis achterwege blijven. Dat zal hij naar huidig recht volgens mij ook steeds moeten doen.

In het algemeen wordt aangenomen dat het in het licht van de onschuldpresumptie de vervolgende instantie is die alle onderdelen voor een veroordeling zal moeten ‘bewijzen’ (in de zin dat hij voldoende bewijsmateriaal aandraagt; het is uiteindelijk de rechter die bewijst). Bij ons zijn dat de bestanddelen van het strafbare feit. De onschuldpresumptie zal het ook door de richtlijn niet verbieden dat het daarna aan de verdachte is om voor hem bevrijdende of verontschuldigbare omstandigheden aannemelijk te maken.<sup>76</sup> De schuldvraag zoals in de

72 Zie bijvoorbeeld S. Trechsel & S. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: OUP2006, p. 154, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: OUP 2006, p. 63, A. Stumer, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. xxxviii; L. Campbell, ‘Criminal Labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence’, *The Modern Law Review* 2013, p. 681; R.L. Lippke, ‘The Prosecutor and the Presumption of Innocence’, *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 338 en V. Tadros, ‘The Ideal of the Presumption of Innocence’, *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 449.

73 Vgl. ook T. Weigend, ‘Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice’, *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 291-293. Toch hangen deze kwesties wel nauw samen, omdat door een zeer lage bewijsstandaard te hanteren, de ‘burden of proof’ niet zo veel voorstelt en de verdachte door de onschuldpresumptie dus nauwelijks beschermd zou worden. C.-F. Stuckenberg, ‘Who is Presumed Innocent of What by Whom?’, *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 311: ‘the presumption itself can only express the standard of proof, but cannot determine it (whether it should be the preponderance of evidence, the balance of probabilities or moral certainty).’

74 Zo in algemene zin ook A. Duff, ‘Who must Presume Whom to Be Innocent of What?’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013, p. 170: ‘The presumption protects the defendant against conviction and punishment for [a] crime unless it is defeated; what defeats it is proof of guilt to the requisite standard.’

75 Bij ons bepaalt artikel 338 lid 1 Sv dat de rechter het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, slechts kan aannemen indien hij daarvan de overtuiging heeft bekomen. Het gaat – om met Nijboer te spreken – om ‘een zeer klemmende graad van waarschijnlijkheid’. Strikt genomen is dat dus een andere bewijsstandaard dan ‘beyond a reasonable doubt’. Maar ook bij ons kan geen veroordeling volgen als niet buiten redelijke twijfel staat dat de verdachte het ten laste gelegde heeft begaan, zie J.F. Nijboer, *Strafrechtelijk bewijsrecht*, Nijmegen: *Ars Aequi Libri* 2011, p. 73 en M.J. Borgers & F.G.H. Kristen, ‘Bewijsrisico, bewijslast en bewijsvoeringslast in het strafproces’, AA 1999, p. 869. De richtlijn brengt hierin per saldo geen verandering en zou dat dus ook niet hebben gebracht als wel dwingend de bewijsstandaard ‘beyond reasonable doubt’ zou zijn voorgeschreven.

76 Vaak wordt dan gesproken van ‘defences’, bij ons doorgaans van strafuitsluitingsgronden, maar ook ‘fait d’excuses’. Over deze kwestie ook N. Keijzer, ‘Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken’, in: Ch.J. Enschedé et al. (red.), *Naar eer en geweten*, (Remmeling-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 247-250 en A. Stumer, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford: Hart Publishing 2010, p. 73 e.v.

richtlijn bedoeld moet, als ik het goed begrepen heb, namelijk feitelijk worden opgevat.<sup>77</sup> Het gaat alleen erom of de verdachte het beweerdelijke strafbare feit heeft begaan.

### 3.3 *Zwijgrecht en nemo tenetur*

Volgens de richtlijn zijn het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel belangrijke aspecten van de onschuldpresumptie.<sup>78</sup> In eerste instantie heeft het EHRM niet meer overwogen dan dat deze kwesties nauw samenhangen, maar later heeft het het *nemo tenetur*-beginsel ook wel direct onder de vlag van de onschuldpresumptie geschaard.<sup>79</sup> Nu het EHRM dat beginsel voornamelijk in verband brengt met het zwijgrecht, kan worden gezegd dat het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel beide aspecten zijn van de onschuldpresumptie.<sup>80</sup> Het EHRM behandelt klachten ter zake ook wel gezamenlijk, bijvoorbeeld als het gaat om negatieve gevolgtrekkingen in het geval de verdachte zich op zijn zwijgrecht heeft beroepen. Maar beide aspecten worden daarentegen soms nadrukkelijk van elkaar onderscheiden.<sup>81</sup> Of het zwijgrecht en het *nemo tenetur*-beginsel nu alleen uit artikel 6 lid 1 EVRM kunnen worden gehaald of ook uit artikel 6 lid 2 EVRM maakt natuurlijk niet zo veel uit. De onschuldpresumptie is immers een element van een eerlijk proces<sup>82</sup> en deze facetten hangen hoe dan ook nauw met elkaar samen.<sup>83</sup> Dat is overigens goed te begrijpen. De onschuldpresumptie zou immers weinig inhouden als verdachten zouden kunnen worden gedwongen tegen hun wil in iets te moeten verklaren (dat geldt met name voor het afdwingen van een bekentenis) of anderszins ammunities tegen zichzelf te moeten aanleveren.<sup>84</sup> Verdachten dienen, iets ruimer gesteld, vrij te zijn hun eigen (proces)positie in te nemen tegen een beschuldiging. Al zijn daar wel grenzen aan en hoeft dat niet zonder negatieve consequenties te zijn – zo laat ook de richtlijn uiteindelijk zien.

#### 3.3.1 *Het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te belasten*

In artikel 7 lid 1 van de richtlijn is de plicht voor lidstaten opgenomen ervoor te zorgen 'dat verdachten en beklagden het recht hebben om te zwijgen in verband met het strafbaar feit waarvan zij worden verdacht of beschuldigd.' Uit het tweede lid van artikel 7 van de richtlijn volgt voor hen de taak om ervoor te zorgen 'dat verdachten of beklagden het recht hebben om zichzelf niet te belasten.' De richtlijn ziet deze rechten als belangrijke aspecten van de onschuldpresumptie, die beogen gedwongen zelfincriminatie te voorkomen. Zij zien 'op vragen die verband houden met het strafbaar feit waarvan een persoon wordt

77 Dit kwam naar voren in de discussie tijdens de Landelijke Strafrechtsdag, op 27 mei 2016 gehouden te Rotterdam. De richtlijn was toen onderwerp van een workshop, waaraan ook (in)direct betrokkenen bij de totstandkoming van de richtlijn deelnamen.

78 Zie overweging 24 en 25. Zie ook het Impact assessment, p. 23 en Groenboek, p. 7-9.

79 EHRM 12 juli 2013, 25424/09, (*Allen/Verenigd Koninkrijk*), par. 93, onder verwijzing naar onder meer EHRM 17 december 1996, 19187/91, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook S. Trechsel & S. Summers, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford: OUP2006, p. 154, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: OUP 2006, p. 166 en p. 348, noot 25.

80 Dat deze rechten onderdeel zijn van de onschuldpresumptie lijkt mij echter niet juist. Zij vloeien niet voort uit de onschuldpresumptie. In gelijke zin T. Weigend, 'Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice', *Criminal Law and Philosophy* 2014/8, p. 288.

81 EHRM 18 maart 2010, 13201/05, (*Krumpholz/Oostenrijk*), par. 30-43 (in het bijzonder par. 42: 'In sum, the drawing of inferences in a situation which did not clearly call for an explanation from the applicant and without sufficient procedural safeguards being applied violated the applicant's right to silence and the presumption of innocence.'). Ook kan het zijn dat de klachten op dezelfde gronden worden afgedaan, zie bijvoorbeeld EHRM 6 juni 2000, 36408/97, (*Averill/Verenigd Koninkrijk*), par. 52-54.

82 Zie al EHRM 27 februari 1980, 6903/75, (*Deweert/België*), par. 56.

83 Vanaf EHRM 17 december 1996, 19187/91, NJ 1997/699, m.nt. Knigge (*Saunders/Verenigd Koninkrijk*), par. 68, is dat vaste rechtspraak, zie recent nog EHRM 16 juni 2015, 784/14 (*Van Weerelt/Nederland*).

84 Zie ook het Impact assessment, p. 23.

verdacht of beschuldigd, en bijvoorbeeld niet op vragen betreffende de identificatie van een verdachte of beklagde.<sup>85</sup> Verdachten hoeven dus geen bewijs tegen zichzelf te produceren, maar kunnen wel het object van onderzoek zijn.<sup>86</sup> De richtlijn verbiedt uitdrukkelijk niet het vergaren van bewijsmateriaal 'dat rechtmatig wordt verkregen door gebruik van legale dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachten of beklagden bestaat' (artikel 7 lid 3). Lichaamsmateriaal (weefsel, bloed etc.) kan rechtmatig worden afgenomen.<sup>87</sup> Voor de invulling van het zwijgrecht en het recht om zichzelf niet te belasten wordt aansluiting gezocht bij de rechtspraak van het EHRM.<sup>88</sup> Als het even kan, worden verdachten op deze rechten gewezen als zij toch informatie krijgen over hun procedurele rechten (overeenkomstig Richtlijn 2012/13/EU), maar dwingend voorgeschreven is dat uiteindelijk niet, ondanks een verzoek van het Europese Parlement daartoe.<sup>89</sup>

### 3.3.2 Bewijs?

Als een verdachte gebruikmaakt van het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te belasten, mag dat geen bewijs tegen hem opleveren. Artikel 7 lid 5 sluit dat uitdrukkelijk uit: 'De uitoefening door verdachten en beklagden van het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten, mag niet tegen hen worden gebruikt en mag niet worden beschouwd als bewijs dat zij het betrokken strafbaar feit hebben begaan.' Wie denkt dat hiermee het verbinden van negatieve gevolgtrekkingen aan een beroep op deze rechten tot het verleden behoort, komt bedrogen uit. Al was dat wel de oorspronkelijke insteek van de Europese Commissie. Artikel 6 lid 3 luidde in eerste instantie als volgt:

"De uitoefening van het recht om niet tegen zichzelf te getuigen of van het recht niet mee te werken, mag niet in een later stadium van de procedure tegen een verdachte of beklagde worden gebruikt en mag niet worden beschouwd als een bevestiging van de feiten."

De opstelling van de verdachte zou op basis van dit voorstel niet tegen hem mogen worden gebruikt en kon geen rol spelen in de bewijsbeoordeling. Aangegeven werd dat verdachte niet bang zouden moeten zijn daadwerkelijk gebruik te maken van zijn rechten. Anders zouden deze rechten illusoir zijn.<sup>90</sup> Dit stellige verbod, dat een einde aan de zogeheten *John Murray*-jurisprudentie zou hebben gemaakt,<sup>91</sup> heeft de eindstreep niet gehaald. Al snel werd het voor-

85 Overweging 26.

86 Net zoals zij natuurlijk het subject van onderzoek kunnen zijn, zie artikel 4 lid 1, tweede volzin van de richtlijn.

87 Zie voor de invulling overweging 29: 'De uitoefening van het recht om zichzelf niet te belasten, mag de bevoegde instanties niet beletten bewijsmateriaal te vergaren dat rechtmatig van de verdachte of de beklagde kan worden verkregen door gebruik van rechtmatige dwang en dat onafhankelijk van de wil van de verdachte of beklagde bestaat, zoals materiaal dat als gevolg van een bevel wordt verkregen, materiaal waarvoor een wettelijke bewaarplicht bestaat alsmede een verplichting om het op verzoek af te staan, adem-, bloed- en urinemonsters en monsters van lichaamsweefsel voor DNA-tests.'

88 Overweging 27.

89 Nota van 29 juli 2015 (Derde trilog), 11112/15. Zie uiteindelijk overweging 31 en 32. In Nederland is al geregeld dat de verdachte in een vroeg stadium te horen krijgt dat hij in een verhoor niet tot antwoorden is verplicht (zie artikel 27c lid 3 sub c Sv in verbinding met artikel 29 Sv). Zie over het *nemo tenetur*-beginsel L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005 en meer recent D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel. De rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de Hoge Raad vergeleken', *TBS&H* 2016, p. 28-43, E. van Gelder & D.A.G. van Toor, 'Het nemo-teneturbeginsel en de Wet Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude', *TBS&H* 2016, p. 161-168 en N. Jörg, 'Nemo tenetur na *Chambaz v. Zwitserland*', in: G. Knigge (red.), *Gehoord de Procureur-Generaal* (Fokkens-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 117-129.

90 Overweging 36.

91 EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*). Zie hierover bijvoorbeeld G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 775-776.

stel gedaan dat bij de beoordeling van het (overige) bewijs, de proceshouding van de verdachte wel mag worden meegewogen.<sup>92</sup> In overweging 28 is dat nu ook expliciet bepaald. Als een verdachte zwijgt of anderszins niet meewerkt is dat geen bewijs tegen hem, maar die omstandigheid mag wel worden betrokken bij de beoordeling van het bewijs.<sup>93</sup>

Enerzijds is hiermee een afwijking met de invulling van artikel 6 lid 2 EVRM voorkomen. Volgens het EHRM is het immers zo dat het recht om te zwijgen en het recht om zichzelf niet te hoeven belasten 'cannot and should not prevent that the accused's silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution.'<sup>94</sup> Naar Nederlands recht is het in dat verband vaste rechtspraak dat de omstandigheid dat een verdachte weigert een verklaring af te leggen of een bepaalde vraag te beantwoorden, op zichzelf niet tot het bewijs kan bijdragen. Een beroep op het zwijgrecht is dus geen bewijsmiddel. Wel kan die omstandigheid in de bewijsvoering worden betrokken en van invloed zijn op de rechterlijke overtuiging. De rechter mag in zijn overwegingen omtrent het gebezigde bewijsmateriaal namelijk betrekken dat de verdachte 'voor een omstandigheid die op zichzelf of in samenhang met de verdere inhoud van de bewijsmiddelen beschouwd redengevend moet worden geacht voor het bewijs van het aan hem ten laste gelegde feit, geen redelijke, die redengevendheid ontzenuwende, verklaring heeft gegeven'.<sup>95</sup> Anderzijds is het daarmee zo dat de richtlijn uiteindelijk dus niet meer bescherming biedt aan verdachten dan artikel 6 EVRM. Bewijsrechtelijk kan hun proceshouding immers wel degelijk tegen hen gebruikt worden.

#### 4. Voorziening in rechte

De richtlijn heeft het doel om voor verdachten een krachtigere remedie in het leven te roepen dan in het geval van een schending van artikel 6 EVRM.<sup>96</sup> In artikel 10 lid 1 is voorgeschreven aan de lidstaten dat zij ervoor zorgen 'dat verdachten en beklaagden over een doeltreffende voorziening in rechte beschikken wanneer hun rechten uit hoofde van deze

92 Working party 2014, annex 20b, Nota van 22 september 2014 met de concepttekst (overweging 15) en General approach 2014, 20b: 'This should not be without prejudice to national rules or systems which allow a court or a judge to take account of the silence of the suspect or accused person as an element of corroboration of evidence obtained by other means, provided the rights of the defense are respected.' Zie ook de toevoeging van overweging 28 door het Europese Parlement d.d. 20 januari 2016, P8\_TA-PROV(2016)0011.

93 'De uitoefening van het recht om te zwijgen of het recht om zichzelf niet te belasten mag niet worden gebruikt tegen een verdachte of beklaagde en mag niet op zichzelf worden beschouwd als bewijs dat de betrokkene het desbetreffende strafbaar feit heeft begaan. Dit mag geen afbreuk doen aan nationale regels betreffende de beoordeling van bewijsmateriaal door rechtbanken of rechters, op voorwaarde dat de rechten van de verdediging worden geëerbiedigd.' Voorts geldt dat ingevolge artikel 7 lid 4 lidstaten 'hun rechterlijke instanties [mogen] toestaan bij de veroordeling rekening te houden met de bereidheid tot medewerking van verdachten en beklaagden.' Ook bij de strafmaat kan hun houding derhalve terugkomen, ook in positieve zin.

94 EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray/Verenigd Koninkrijk*), par. 47.

95 HR 5 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW7372, NJ 2012/369; HR 3 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0733, NJ 1997/584 en HR 19 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0413, NJ 1996/540. Zie recent nog HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1323. Kritisch hierover G.P.M.F. Mols, 'Zwijgrecht en waarheidsvinding: een dynamische combinatie', *Strafblad* 2014/70 en P.P.J. van der Meij, 'De laatste duit in het zakje. Over waarheidsvinding in strafzaken en de beperkingen van de verdediging', *Strafblad* 2014/71. Volgens de Hoge Raad is de rechter niet gehouden de verdachte over mogelijke, negatieve gevolgtrekkingen te waarschuwen. Als eis geldt in ieder geval dat het andere bewijs ter zitting aan de orde komt (zie immers artikel 301 lid 4 Sv). Toch zal op basis van de richtlijn de verdachte door de negatieve gevolgtrekking niet mogen worden overvallen, omdat de rechten van de verdediging moeten worden geëerbiedigd. Mij lijkt het goed dat de rechter de verdachte daarbij ook voorhoudt in welke richting het belastende materiaal zijns inziens wijst of zou kunnen wijzen. Zie in algemene zin over de houding van de strafrechter voorafgaand aan en tijdens het onderzoek ter terechtzitting, L. de Weerd & L. Stapel, 'De speelruimte van de strafrechter. Een pleidooi voor een meer open en transparante opstelling', *Proces* 2014, p. 211-225.

96 Zie Impact assessment, p. 13 e.v.

richtlijn zijn geschonden.’ Dit houdt in dat de verdachten zo veel mogelijk worden gebracht ‘in dezelfde positie (...) als die waarin zij zouden hebben verkeerd indien de schending niet had plaatsgevonden, zodat het recht op een eerlijk proces en de rechten van de verdediging worden gewaarborgd.’<sup>97</sup> Uit het Impact assessment wordt duidelijk dat het de bedoeling is dat een inbreuk op de onschuldpresumptie direct wordt gerepareerd, waar mogelijk nog tijdens de strafzaak (doordat een procedurele handeling nietig is, bewijs wordt uitgesloten of – als dat niet mogelijk is – door middel van een ‘re-trial’). Bij een schending van artikel 6 EVRM zou een dergelijke compensatie niet afdoende af te dwingen zijn, omdat een schending uiteindelijk pas achteraf wordt geconstateerd door het EHRM, schendingen te vaak voorkomen en de invulling van het beginsel niet altijd even duidelijk is.<sup>98</sup>

In het bijzonder in artikel 4 lid 2 van de richtlijn, onder verwijzing naar artikel 10, is voor de lidstaten de plicht opgenomen dat passende maatregelen ter beschikking staan aan de verdachte in geval van een schending van het eerste lid. Mij is niet duidelijk waarom dit alleen voor artikel 4 is bepaald en niet ook voor de andere aspecten uit de richtlijn (in ieder geval voor artikel 5, welk artikel soortgelijk is aan artikel 4). Hadden in artikel 10 niet gewoon generiek ‘passende maatregelen’ verplicht gesteld kunnen worden? Artikel 10 lid 2 van de richtlijn bepaalt in het bijzonder nog dat bij de beoordeling van door de verdachte afgelegde verklaringen of van in strijd met artikel 7 lid 1 of 2 verkregen bewijs, de rechten van de verdediging en het eerlijke verloop van het proces moeten worden geëerbiedigd. Met name bewijs dat door foltering, mishandeling etc. is verkregen, moet volgens de begeleidende overweging van gebruik in de strafzaak worden uitgesloten.<sup>99</sup>

De insteek van artikel 13 EVRM (in verbinding ook met artikel 35 EVRM) is dat burgers met een beweerdelijke klacht in eerste instantie op nationaal niveau terecht moeten kunnen voor daadwerkelijk rechtsherstel.<sup>100</sup> Pas als dat vruchteloos is gebleken, is een beroep op het EHRM mogelijk. Zoals in de toelichting op de oorspronkelijke richtlijn wordt gemeld, is het vaste rechtspraak van het EHRM dat ‘the most appropriate form of redress for a violation of Article 6 §1 would be to ensure that the applicants, as far as possible, are put in the position in which they would have been had this provision not been disregarded’.<sup>101</sup> Lidstaten zijn dus al zo veel als mogelijk gehouden om de verdachte wiens rechten uit de onschuldpresumptie geschonden zijn, zelf terug te brengen in de situatie van vóór die schending. In het beste geval geschiedt dat lopende het strafproces. Voor Nederland geldt bijvoorbeeld dat als de vrees bestaat dat de rechter in weerwil van de onschuldpresumptie toch voorin genomen is, een wrakingsverzoek kan worden ingediend. In het ergste geval kan in hoger beroep de zaak om die reden zelfs worden teruggewezen.<sup>102</sup>

97 Overweging 44. Dat was vanaf het begin de insteek, zie de toelichting onder punt 42.

98 Impact assessment, p. 15-16.

99 Overweging 45, onder verwijzing naar onder meer artikel 3 EVRM. In de oorspronkelijke opzet van de richtlijn was bij een schending van dit artikel als hoofdregel bewijsuitsluiting voorgeschreven. Artikel 6 lid 4 luidde: ‘Bewijs dat in strijd met dit artikel is verkregen, wordt niet aanvaard, tenzij het gebruik ervan geen afbreuk doet aan het algehele eerlijke verloop van de procedure.’

100 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, (bijvoorbeeld p. 9), P. van Dijk & F. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 1000 en J. Vande Lanotte & Y. Haecck (red.), *Handboek EVRM*, Dl. 2, Vol. II, 2004, p. 77. Zie ook Raad van Europa, *Guide to good practice in respect of domestic remedies*, 2013.

101 Zie al EHRM 26 oktober 1984, 8692/79 (*Piersack/Belgie*), par. 12.

102 HR 7 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0442, NJ 1996/557, m.nt. ‘t Hart.



## 5. Slot; oude wijn in nieuwe zakken

Een eerste constatering is dat de richtlijn een vreemde vergaarbak is geworden voor een partiële codificatie van de onschuldpresumptie en het recht van de verdachte om bij de terechtzitting aanwezig te zijn (en anders recht te hebben op een nieuw proces). Hiermee worden twee onderwerpen die niets met elkaar te maken hebben in één richtlijn geregeld. Het zal daarnaast duidelijk zijn dat ik voor deze richtlijn, als uitkomst van een politiek proces en compromis, inhoudelijk geen meerwaarde zie ten opzichte van de invulling die het EHRM heeft gegeven aan artikel 6 lid 2 EVRM.<sup>103</sup> In veel gevallen wordt immers expliciet verwezen naar de rechtspraak van het EHRM en de invulling van de diverse facetten van het vermoeden van onschuld reikt in de richtlijn uiteindelijk nergens verder. Per saldo brengt deze richtlijn dan ook niets nieuws onder de zon, in ieder geval niet voor het Nederlandse stelsel. Ik durf wel te stellen dat de onschuldpresumptie in theorie en praktijk bij ons ook zonder deze richtlijn voldoende gerespecteerd wordt.<sup>104</sup> Aanpassingen op nationaal niveau zijn voor Nederland in ieder geval niet nodig.

Hoewel het geen kwaad kan dat de meest breed gedragen aspecten van de onschuldpresumptie ook door de uniewetgever zijn geëxpliciteerd, meen ik dat de richtlijn onvoldoende bestaansrecht heeft. Als belangrijkste reden voor de invoering van de richtlijn is aangevoerd dat de onschuldpresumptie niet in gelijke zin in de lidstaten op regelniveau is doorgevoerd en in de praktijk niet altijd voldoende wordt gerespecteerd. De richtlijn zou daarvoor een effectieve oplossing moeten bieden, hetgeen het wederzijds vertrouwen van de lidstaten in elkaars strafrechtstelsel en de onderlinge samenwerking ten goede zou komen. Ik denk evenwel niet dat, gelet op het totaal aantal strafzaken in de lidstaten, gesproken kan worden van een alarmerend aantal schendingen in de Straatsburgse jurisprudentie en dat daardoor de samenwerking zou stagneren. Ik meen dat er andere manieren zouden zijn geweest om de lidstaten – of bepaalde lidstaten – nog eens op het hart te drukken de onschuldpresumptie echt in de praktijk te brengen (en verdachten bijvoorbeeld niet in een kooi of iets dergelijks aan het proces te laten deelnemen). Zo kan, indien daadwerkelijk nodig, in voorkomende gevallen samenwerking plaatsvinden die anders kennelijk niet tot stand zou komen.<sup>105</sup> Deze richtlijn is daarvoor een paardenmiddel. En betwijfeld kan worden of deze codificatie van het vermoeden van onschuld en de verplichting van het in het leven roepen van ‘passende maatregelen’ en ‘doeltreffende voorzieningen in rechte’, de lidstaten tot een striktere eerbiediging daarvan aanzetten. Worden verdachten bij een schending van de onschuldpresumptie straks inderdaad zo veel mogelijk en direct in de positie gebracht alsof er geen schending heeft plaatsgevonden, daar waar artikel 13 EVRM dat eveneens voorschrijft, maar kennelijk niet voor elkaar krijgt? Eerder dan nadere regels lijkt mij daarvoor een verandering in attitude van publieke figuren jegens de verdachte aangewezen.

De Europese wetgever had de richtlijn over de onschuldpresumptie een zelfstandig bestaansrecht – door een meerwaarde ten opzichte van artikel 6 lid 2 EVRM – kunnen geven. Dan had het gebruik van wettelijke en feitelijke vermoedens strikter aan banden moeten worden gelegd. Ook had dan het verbod op negatieve gevolgtrekkingen als een verdachte een beroep doet op het zwijgrecht of het recht om zichzelf niet te belasten, voor de richtlijn

103 Kritisch is ook L.A. van Noorloos, ‘De Europese richtlijn onschuldpresumptie: bescheiden harmonisatie van een fundamenteel strafrechtelijk beginsel’, *NTER* 2016/5, par. 8 en de *Deutscher Richterbund*, *Stellungnahme* van april 2015 (11/15).

104 Zie daarover het overzichtje van de minister in zijn brief van 10 maart 2014 (488328).

105 Zie voor voorbeelden Impact assessment, Annex VII.

behouden moeten blijven.<sup>106</sup> Voor verdachten is het niet meewerken aan het onderzoek nu bewijsrechtelijk nog steeds niet zonder gevaar. In de oorspronkelijke opzet van de inhoud van de richtlijn moest de verdachte in dit opzicht vrijelijk zijn (proces)houding kunnen bepalen, zonder dat dit later tegen hem gebruikt zou worden. Per saldo zijn gaandeweg aldus de angels van meerwaarde ten opzichte van de jurisprudentie van het EHRM uit de richtlijn gehaald. Dat is een gemiste kans, als het daadwerkelijk de bedoeling was geweest de positie van de verdachte te versterken ten opzichte van de bescherming door artikel 6 EVRM (en zo de wederzijdse rechtshulp op basis van vertrouwen in elkaars strafrechtelijke systeem te bevorderen). Kennelijk was dat niet haalbaar.

De komst van deze richtlijn, het zoveelste internationale instrument ter ere van de onschuldpresumptie, is – ondanks het voorgaande – geen onbelangrijk gegeven. De richtlijn heeft een veel ruimer bereik van artikel 48 Handvest Grondrechten EU en past daarmee in een door Verrest gesignaleerd streven naar een zelfstandige rechtsruimte in de Europese Unie. Daarmee is van (nog) meer gewicht hoe het Hof Luxemburg, dat nu nadrukkelijk in stelling is gebracht, de verschillende aspecten van de onschuldpresumptie nader zal invullen en hoe die invulling zich verhoudt tot de jurisprudentie van het Hof Straatsburg. Daarbij moet ervoor worden gewaakt dat de werking van de richtlijn en van artikel 6 lid 2 EVRM op een gegeven moment te veel divergeren. De bescherming van beide instrumenten loopt nu al uiteen, omdat voor aspecten buiten de strafprocedure om alleen artikel 6 lid 2 EVRM kan worden ingeroepen. De richtlijn kent anders dan artikel 6 lid 2 EVRM geen nawerking en is bedoeld als een procesbeginsel om verdachtes recht op een eerlijk proces te waarborgen. Ook al wordt in het Impact assessment eveneens de goede reputatie van verdachten genoemd die geschaad kan worden als zij publiekelijk al als schuldige worden aangeduid,<sup>107</sup> buiten het strafproces kunnen de rechten uit de richtlijn niet worden ingeroepen. Voorts biedt de richtlijn, wederom anders dan artikel 6 EVRM, in het geheel geen bescherming aan rechtspersonen.

Een zelfde waarschuwing geldt voor het geval de onschuldpresumptie als beginsel in ons gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering mocht worden opgenomen. Dan zal duidelijk moeten worden afgebakend welke aspecten wel en welke niet in die codificatie worden meegenomen en zal aansluiting moeten worden gezocht bij artikel 6 lid 2 EVRM en de richtlijn. Nu de internationale instrumenten slechts minimumeisen in het leven roepen, dient de Nederlandse wetgeving ten minste het beschermingsniveau van die regelingen te bieden. Overigens staat niets eraan in de weg daarboven te gaan zitten met de invulling van het vermoeden van onschuld. Maar gezien de zuinige Nederlandse opstelling in dit dossier, hoeft dat niet te worden verwacht.

<sup>106</sup> Dat had dan wel ingedruist tegen de heersende (Europese) opvatting op deze punten. Dergelijke vermoedens en gevolgtrekkingen zijn immers aan de orde van de dag. Het is dus niet zo gek dat het vergaande voorstel op dit punt al snel is gesneuveld. En aangegeven had kunnen worden wat een verdachte moet doen om een vermoeden te weerleggen, maar noodzakelijk acht ik dat niet.

<sup>107</sup> Impact assessment, p. 19.