

Hof van Justitie erkent ruime draagwijdte van het zwijgrecht¹

Mark Delanote

hoofddocent UGent, advocaat Delanote.Law

Nadat het Hof van Justitie bij eerdere gelegenheden een zeer beperkte invulling gaf aan het zwijgrecht, komt het daar in een nieuw arrest op terug. Het sluit zich daarmee aan bij het Mensenrechtenhof. Het gaat niet om een fiscaal arrest, maar de redenering is evengoed van toepassing in de fiscaliteit. Een belastingplichtige kan zich dus in principe wel degelijk beroepen op zijn zwijgrecht bij een fiscaal onderzoek. Maar uit het arrest kan men nu ook weer niet concluderen dat de slinger van de rechtspraak doorslaat in de andere richting. Toepasselijkheid van het zwijgrecht blijft dus een zeer genuanceerde kwestie (HvJ 2 februari 2021, C-481/19).

Op 2 februari 2021 heeft het Hof van Justitie een arrest gevelde aangaande het zogenaamde 'zwijgrecht' (als onderdeel van het ruimere niet-meewerkrecht).

Het arrest zelf heeft op zich niets te maken met fiscaliteit. Het spreekt niettemin voor zich dat de lering uit dit arrest zonder meer (ook) fiscaal doorwerkt. Dat is in ieder geval zo als het gaat om fiscale wetgeving die vanuit Europese hoek wordt aangestuurd of om een casus waarin het primaire Unierecht (de EU-verdragen) toepassing vindt. Maar ook meer in het algemeen kan men toch veronderstellen dat de principes over de draagwijdte van het zwijgrecht, die op zich 'universeel' zijn, (in de regel) op dezelfde wijze moeten worden toegepast in alle rechtstakken.

Dit arrest is dus in zekere zin ook een primeur, vermits het Hof zich thans voor het eerst over het zwijgrecht uitspreekt t.a.v. een natuurlijke persoon en buiten het kader van het mededingingsrecht.

De grote vraag daarbij was welke positie het Hof van Justitie zou innemen. Het beoordelingsspectrum leek relatief breed, gaande van een volledige aansluiting bij de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (dat het in art. 6 EVRM besloten zwijgrecht relatief ruim invult; zie verder), dan wel een meer beperkende benadering, gebaseerd op de eigen rechtspraak over het mededingingsrecht (dat dus per definitie ondernemingen, *de facto* altijd rechtspersonen, aanbelangt).

Volgens die laatste rechtspraak belet niets dat een onderneming, in een procedure m.b.t. een inbreuk op de mededingingsregels, kan worden verplicht alle noodzakelijke inlichtingen te verstrekken over feiten waarvan zij eventueel kennis heeft, en om zo nodig de desbetreffende in haar bezit zijnde documenten over te leggen, zelfs als die in het bijzonder tegen haar zelf bewijs kunnen opleveren van een gedraging die in strijd is met de mededingingsregels (het basisarrest in deze is HvJ 18 oktober 1989, C-374/87, Orkem t. Commissie). Het zwijgrecht gereduceerd tot een miniatuurversie van zichzelf, zeg maar.

¹ Deze bijdrage verscheen ook in de Fiscale Actualiteit (2021, nr. 7, p. 5-9).

Hof van Justitie verwijst naar EHRM

Het antwoord op de grote vraag waarover we het hadden, is duidelijk. Het Hof van Justitie erkent zonder meer dat aan het zwijgrecht *van een natuurlijke persoon*, en buiten het mededingingsrecht, een ruime draagwijdte moet worden toegekend. Het Hof expliciteert daarbij dat aan de artikelen 47 en 48 van het Handvest van de Grondrechten van de EU eenzelfde draagwijdte moet worden toegekend als aan artikel 6 EVRM.

Daarbij moeten we er natuurlijk ook rekening mee houden dat er intussen een nieuwe richtlijn gekomen is: richtlijn 2016/343 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”. Artikel 7 van die richtlijn gaat ook in op het zwijgrecht. De richtlijn is overigens enkel van toepassing op natuurlijke personen net omdat “het Hof van Justitie heeft vastgesteld dat de rechten die voortvloeien uit het vermoeden van onschuld, niet op dezelfde wijze toekomen aan rechtspersonen als aan natuurlijke personen” (overweging 13 bij de richtlijn).

Het arrest zelf is gerelateerd aan een Italiaanse casus waarin een zekere DB (natuurlijke persoon) verweten werd te hebben gehandeld met voorkennis. De sfeer van marktmisbruik dus. De Italiaanse beurswaakhond (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa of ‘Consob’), was dat mogelijke misbruik op het spoor gekomen en had lastens de betrokkene een onderzoek ingesteld. DB bleek evenwel niet echt bereid om mee te werken. Eerst verzocht hij herhaaldelijk om de datum van het verhoor te verzetten en toen hij toch op dat verhoor verscheen, weigerde hij om op de vragen te antwoorden. Dat kwam hem te staan op een (administratieve) geldboete van €50 000. De boete zelf vond zijn grondslag in de Italiaanse wetgeving, die op haar beurt de omzetting vormde van het secundaire Europees recht (dat effectief aan de lidstaten de opdracht gaf om sancties vast te stellen als geen medewerking wordt verleend aan de marktmisbruikonderzoeken).

In Italië zelf belandde de zaak bij het Grondwettelijk Hof (Corte costituzionale) dat zelf al aangaf dat het zwijgrecht geschonden kon zijn, althans zoals dat geïnterpreteerd wordt door het EHRM.

Is sanctie voor niet-medewerking verenigbaar met zwijgrecht?

Maar het Italiaanse Grondwettelijk hof vindt het toch nodig om ook het Hof van Justitie te bevragen, vermits de sanctie voor de niet-medewerking rechtstreeks ontleend is aan het Europees recht, waarbij concreet de vraag rijst of de ‘verplichte’ sanctie bij niet-medewerking wel verenigbaar is met het ‘EU-zwijgrecht’ (art. 47 en 48 Handvest). Het Italiaanse Grondwettelijk Hof verwijst ook naar de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin het ‘zwijgrecht’ in procedures wegens een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie zeer beperkend wordt opgevat, in de zin dat de betrokkene verplicht blijft te antwoorden op zuiver feitelijke vragen.

In zijn antwoord stelt het Hof van Justitie in het algemeen dat artikel 47 en 48 van het Handvest van de Grondrechten van de EU principieel aansluiten op de rechten in artikel 6 EVRM. Die laatste vormen zelfs een minimumbeschermingsniveau. Gelet op de onderlinge verwevenheid van die rechten moet de inhoud en reikwijdte dan ook op een daarmee samenhangende wijze worden uitgelegd. Dat is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, wat meteen ook betekent dat het zo ook aansluiting zoekt bij de rechtspraak van het EHRM.

De evidentie consequentie daarvan is de erkenning door het Hof van Justitie van het zwijgrecht in dezelfde zin die het EHRM eraan toedicht. Terecht haalt het Hof van Justitie dan ook aan dat het EHRM

het zwijgrecht, ook al is het niet uitdrukkelijk vermeld in artikel 6 EVRM, toch als een algemeen erkende internationale norm beschouwt, die zelf de kern vormt van het begrip ‘eerlijk proces’.

Het Hof van Justitie is dus duidelijk. Het zwijgrecht moet (ook in de toetsing aan het Handvest) worden erkend en heeft (minstens) dezelfde draagwijdte als die die het EHRM eraan toekent. Het zwijgrecht strekt er uiteindelijk toe de verdachte te beschermen tegen onrechtmatige dwang van de overheid. Dat draagt ook bij tot het voorkomen van rechterlijke dwalingen en het waarborgen van het met dat artikel 6 EVRM beoogde resultaat (een eerlijk proces).

Invulling zwijgrecht verschilt van geval tot geval

Maar hoe dat zwijgrecht (alook het ruimere niet-meewerkrecht) dan precies moet worden ingevuld, is in de praktijk niet altijd duidelijk, mede ook wegens de evident casus-gebonden benadering in de rechtspraak en de vaak onsamenvattende doctrine. M.i. is het meest toepasselijke redeneerschema (gedistilleerd uit de rechtspraak van het EHRM) het volgende:

- Aan de ‘verdachte’ worden **vragen** gesteld / wordt gevraagd **fysiek bewijsmateriaal** over te leggen
- ⇒ zwijgrecht inherent beperkt tot vragen / meewerkhandelingen
 - ⇒ die belastend kunnen zijn
 - ⇒ in het kader van een strafvervolgning
 - ⇒ met latente doorwerking van het zwijgrecht naar informatie die is verkregen buiten maar gebruikt voor de strafvervolgning
 - ⇒ waarvoor, om antwoorden of medewerking te bekomen, (ontoelaatbare) dwang wordt uitgeoefend
 - ⇒ MAAR: verhindert niet het gebruik van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de belastingplichtigen en dat verkregen kan worden onder (normale) dwang
 - ⇒ waarvoor (bij eventueel uitgeoefende dwang in een strafcontext, of bij gebruik in de strafcontext na bewijsgaring buiten de strafcontext) geen ‘compensatie’ wordt verstrekt, bv. middels de preventieve garantie dat de verkregen informatie niet voor strafdoeleinden zal gebruikt worden.²

Dat schema heb ik ontwikkeld en beschreven in een eerdere bijdrage en maakt het mogelijk in een concreet geval de toepasselijkheid en de impact van het zwijgrecht te analyseren (zie M. Delanote, “Het zwijgrecht van een tot medewerking gehouden belastingplichtige”, in B. Peeters, I. Van De Woesteyne en M. Delanote (eds.), *Liber Amicorum Stefaan Van Crombrugge*, Roeselare, Roularta, 269-284).

Zwijgrecht speelt als fiscus vragen stelt of naar documenten vraagt

Meteen blijkt ook dat de toelichting die het Hof van Justitie geeft, perfect aansluit op de lering die we uit de arresten van het EHRM kunnen trekken.

² Dit is overigens de essentie van het arrest Van Weerelt, dat al te vaak verkeerd begrepen werd als een arrest dat de draagwijdte van het zwijgrecht aanzienlijk zou hebben beperkt (EHRM, Van Weerelt t./ Nederland, 9 juli 2015).



Zo speelt het zwijgrecht (in de ruime zin) uiteraard enkel een rol als effectief vragen worden gesteld of voor zover effectief gevraagd wordt documenten met een zogenaamde verklarende waarde voor te leggen. Dat zijn documenten waarvan de 'ontdekking' afhangt van de wil van de betrokkene. Daar vallen dus ook onder: documenten die 'onafhankelijk' van de wil bestaan, maar waarvan het bestaan onzeker is, of slechts vermoed wordt door de autoriteiten (bv. een nog onbekende zwarte boekhouding).

Terecht komt het Hof van Justitie in de hier besproken zaak ook tot het besluit dat het zwijgrecht op generlei wijze een vrijgeleide inhoudt om elke vorm van samenwerking met de bevoegde autoriteiten te weigeren, zoals weigeren om te verschijnen op een door die autoriteiten geplande hoorzitting. Het is ook geen excuus voor vertragingstechnieken.

Het zwijgrecht kan m.a.w. niet te pas en te onpas worden ingeroepen om de (fiscale of andere) autoriteiten te dwarsbomen, maar moet een gericht uitgeoefend recht blijven.

Informatie in ruime zin

Voor het overige dekt het zwijgrecht een ruime lading aan informatie. Zo volstaat het dat de informatie belastend kan zijn. Het Hof van Justitie stipt dan ook aan dat het zwijgrecht niet beperkt blijft tot bekentenissen, maar ook van toepassing is op informatie over feitelijke kwesties die later kan worden gebruikt om de tenlastelegging te staven en aldus van invloed kan zijn op de schuldigverklaring of de sanctie die aan die persoon wordt opgelegd.

Dat is in de Belgische fiscale context uiteraard niet anders. Iemand die in het vizier wordt genomen, heeft het recht om zonder meer te zwijgen over alle feiten die met de mogelijke inbreuken verband houden.

'Strafvervolging'

Het blijft natuurlijk vereist dat er sprake is van een strafvervolging. Daaraan wordt binnen de context van het recht op een eerlijk proces een autonome invulling gegeven. Van een formele strafvervolging moet geen sprake zijn. Het volstaat dat de betrokkene zich 'bedreigd' voelt. Dit betekent meteen ook dat het zwijgrecht ook geldt in een *administratieve* procedure, althans als die procedure kan leiden tot administratieve sancties *met een strafrechtelijk karakter*. Dat laatste wordt dan weer bepaald aan de hand van de 'klassieke' (ook door het EHRM erkende) criteria: (i) de juridische kwalificatie in het nationale recht, (ii) de aard van de inbreuk en (iii) de zwaarte van de sanctie die kan worden opgelegd. Ook dat is niet nieuw.

Toegepast op het fiscale handhavingsrecht kan men er alvast niet omheen dat een belastingplichtige vrij snel in zo'n context belandt, vermits de aanslagprocedure nauw verweven is met de 'strafrechtelijke' sfeer. Zodra de betrokkene zich 'bedreigd' voelt, kan hij dan ook het zwijgrecht invoeren.

Dwang

Een essentiële vereiste is voorts dat er een dwang wordt uitgeoefend. Zo bevestigt het Hof van Justitie m.b.t. de haar voorgelegde casus dat het zwijgrecht geschonden is in de situatie waarin een verdachte, onder dreiging van sancties als hij niet getuigt, toch getuigt, ofwel wordt gestraft omdat hij weigert te getuigen. Het feit dat dus een sanctie *kon* worden opgelegd (eventueel in een latere strafprocedure), volstaat hier dus voor het Hof om tot een schending van het zwijgrecht te besluiten. Meer in het



algemeen kan overigens gesteld worden dat geen enkele vorm van dwang is toegelaten teneinde de betrokkene te dwingen bepaalde belastende verklaringen af leggen die (later) tegen hem kunnen gebruikt worden met het oog op een bestraffing. Dit neemt echter niet weg dat, m.b.t. het niet-meewerkrecht, een overheid wel gebruik kan maken van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de belastingplichtigen en dat verkregen kan worden onder (normale) dwang. Dit verklaart bv. waarom, zonder schending van het zwijgrecht, sancties kunnen worden opgelegd aan belastingplichtigen die weigeren de ambtenaren toegang te verlenen tot de woning of de bedrijfslokalen en aldus verhinderen dat eventueel ‘belastende’ documenten (waarvan het bestaan bij de administratie nog niet bekend was) worden ontdekt (dit werd eertijds scherp gesteld in het arrest Saunders).

In het arrest stelt het Hof van Justitie daarover ook nog het volgende: “Zelfs indien de door de toezichthoudende autoriteit aan DB opgelegde sancties ... in casu niet strafrechtelijk van aard zouden zijn, dan nog zou de noodzaak tot eerbiediging van het zwijgrecht ... ook kunnen voortvloeien uit de door de verwijzende rechter genoemde omstandigheid dat de in het kader van deze procedure verkregen bewijzen volgens de nationale wetgeving in het kader van een tegen dezelfde persoon ingestelde strafprocedure kunnen worden gebruikt om vast te stellen dat hij een strafbaar feit heeft gepleegd”.

Die passage zou weleens verkeerd begrepen kunnen worden. Maar aangezien het toch de klaarblijkelijke bedoeling is om het zwijgrecht in artikel 47 en 48 van het Handvest te aligneren met het zwijgrecht in artikel 6 EVRM, en vermits het Hof in die passage ook uitdrukkelijk verwijst naar de door de verwijzende rechter genoemde omstandigheid – d.w.z. een situatie waarin het zwijgrecht *sensu stricto* speelt –, mag men m.i. uit die passage geen te verstrekkende gevolgen afleiden.

Zo’n te verreikende conclusie zou zijn dat *elke* vorm van ‘dwang’ (dus zelfs in de vorm van niet-strafrechtelijke sancties) problematisch zou zijn in het kader van een fiscaal onderzoek (“Zelfs indien ... niet strafrechtelijk ... dan nog...”). Maar dat is dus niet het geval, zelfs al zou het duidelijk zijn dat tegen de betrokkene een ‘vervolging’ is ingesteld. Zo geldt er hoegenaamd geen niet-meewerkrecht m.b.t. documenten die onbetwistbaar bestaan (bv. een officiële boekhouding) (zie hoger). Voorts is het principe dat elke vorm van dwang moet worden uitgesloten, enkel van toepassing m.b.t. het zwijgrecht *sensu stricto*, met name het recht niet te verklaren (in de fiscale context gaat het dan in de regel om het antwoorden op vragen om inlichtingen). M.b.t. het (ruimere) niet-meewerkrecht geldt, zoals gezegd, dat een overheid dus wel degelijk gebruik kan maken van materiaal dat bestaat onafhankelijk van de wil van de belastingplichtigen (bv. de zwarte boekhouding) en dat verkregen kan worden onder (normale) dwang (.

Het is uiteindelijk in het licht van die ganse context dat het Hof van Justitie tot het besluit komt dat artikel 47 en 48 van het Handvest wel degelijk het zwijgrecht omvatten van een natuurlijke persoon “tegen wie een vervolging is ingesteld” en dat het zwijgrecht er zich tegen verzet dat zo iemand sancties opgelegd krijgt voor zijn weigering om de autoriteiten “antwoorden te verstrekken waaruit zou kunnen blijken dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk die met administratieve sancties van strafrechtelijke aard wordt bestraft, of dat hij strafrechtelijk aansprakelijk is”.

Een logisch arrest dus, waarbij (gelukkig maar) het Hof van Justitie de draagwijdte van het fundamentele zwijgrecht niet heeft willen ondermijnen.

Natuurlijke personen vs. rechtspersonen

Rest natuurlijk nog het feit dat het Hof van Justitie nog moet verklaren waarom het zwijgrecht in de voorliggende casus relatief ruim wordt ingevuld, in tegenstelling tot de hoger aangehaalde rechtspraak m.b.t. de toepassing van de mededingingsregels t.a.v. rechtspersonen.

Het Hof geeft daartoe twee redenen.

Ten eerste wijst het Hof er op dat ook in het kader van de mededingingsregels geoordeeld werd dat de geviseerde onderneming niet verplicht kan worden antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van zo'n inbreuk zou moeten erkennen. Ten tweede wijst het Hof er ook nog op dat mededingingsprocedures (alleen) kunnen leiden tot het opleggen van sancties *aan ondernemingen en ondernemersverenigingen*. De rechtspraak m.b.t. ondernemingen kan dan ook niet naar analogie worden toegepast wanneer de reikwijdte moet worden vastgesteld van het zwijgrecht *van natuurlijke personen*, zoals DB, tegen wie een procedure wegens handel met voorkennis is ingesteld.

In essentie komt het er dus op neer dat het Hof van Justitie voorlopig de eigen rechtspraak, specifiek m.b.t. de Europese mededingingsprocedures, niet onderuit wil halen. De zeer beperkte invulling van het zwijgrecht in die mededingingscontext wordt daarbij dus blijvend verantwoord vanuit het belang van de naleving van de mededingingsregels op de gemeenschappelijke markt door de betrokken rechtspersonen. Die laatste zijn overigens ook de enige entiteiten waaraan de Commissie sancties kan opleggen.

Over de positie van de rechtspersoon en de relatie tot het zwijgrecht blijft dus nog wel enige onduidelijkheid bestaan. De kans dat het EHRM zich bij zo'n beperkende lezing in algemene termen zou aansluiten (in het licht van een toetsing aan art. 6 EVRM) lijkt in ieder geval niet groot. Het EHRM lijkt toch eerder aan te nemen dat rechtspersonen evenzeer de in artikel 6 EVRM besloten rechten moeten kunnen genieten. Voorts zal een concrete casus allicht vaak impliceren dat naast de rechtspersoon ook natuurlijke personen betrokken zijn. En die kunnen dan uiteraard wel een zwijgrecht invoeren. Ook in de Belgische context wordt het in ieder geval als een gegeven beschouwd dat rechtspersonen zich wel degelijk op het zwijgrecht kunnen beroepen, hetgeen uiteraard ook samenhangt met hun strafrechtelijke aansprakelijkheid (zie bv. Cass. 19 juni 2013, P.12.1150.F, www.juportal.be en Cass. 17 oktober 2017, P.16.0854.N, www.juportal.be; voor een overzichtelijk artikel over dat thema, zie ook S. LAMBERIGTS, Het zwijgrecht van rechtspersonen: aandachtspunten en (supra)nationale perspectieven, *T. Strafr.* 2018.5, 302 e.v.).

Al bij al een logisch arrest dus, waarbij het Hof van Justitie zich aansluit bij de rechtspraak van het EHRM. Het blijft daarbij vooral belangrijk om de juiste draagwijdte van het zwijgrecht in de praktijk te kunnen inschatten en evalueren. In dit arrest mag men dan ook vooral niet lezen wat er *niet* in staat.