SR STRAFRECHT UPDATES

ANNOTATIE

Verschoningsrecht niet in beweging: Hoge Raad 23 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1701 en andere uitspraken.

mr. dr. B.J.V. Keupink

Annotatie bij Hoge Raad, 23-06-2015, ECLI:NL:HR:2015:1701 (SR-2015-0291)

In dit commentaar is eerst kort het cassatiemiddel aan de orde dat klaagt over het oordeel van de rechtbank dat een deel van de in beslag genomen stukken niet valt onder het van de klager afgeleide verschoningsrecht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Daarna wordt verder ingegaan op het verschoningsrecht.

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Hij verwijst daartoe naar de gronden die zijn vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal (A-G) onder 6.11 tot en met 6.13. Uit de betreffende alinea's van de A-G (ECLI:NL:PHR:2015:955) komt het volgende naar voren.

Door de rechtbank was het klaagschrift ongegrond verklaard voor zover het ging om 'stukken die enkel betrekking hebben op de algemene zorgverlening door klager' (alinea 6.11, conclusie A-G). Ten aanzien van een deel van de in beslag genomen stukken werd door de rechtbank geoordeeld dat die niet onder het verschoningsrecht vielen. Aan doorbreking kon aldus niet worden toegekomen.

Ten aanzien van de laatstbedoelde stukken, concludeert de A-G (alinea 6.12) dat niet redelijkerwijs valt uit te sluiten dat de bedoelde stukken toch informatie bevatten over de behandelingen die de patiënten in de kliniek ondergingen. In zoverre is, wat de A-G betreft, het middel gegrond (alinea 6.13).

De A-G concludeert evenwel dat die gegrondverklaring niet tot cassatie hoeft te leiden omdat de klager daarbij onvoldoende belang heeft (alinea 6.13). Het kan volgens de A-G namelijk ervoor worden gehouden dat de rechtbank, als zij wél had geoordeeld dat de bedoelde stukken onder het verschoningsrecht vallen – zoals de rechtbank bij andere stukken in deze zaak had gedaan – zij ook ten aanzien van die stukken zou hebben geoordeeld dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen (omdat de arts zelf als verdachte was aangemerkt, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ4108). 'Het zou immers vreemd zijn als de Rechtbank een inbreuk op het verschoningsrecht wel gerechtvaardigd zou achten ten aanzien van stukken die specifiek betrekking hebben op bepaalde patiënten, maar niet ten aanzien van stukken die dergelijke specifieke informatie niet bevatten. In het laatste geval gaat de inbreuk op het verschoningsrecht minder ver en valt de belangenafweging dus eerder in het voordeel van doorbreking uit' (conclusie A-G, alinea 6.13). De Hoge Raad neemt deze conclusies een-op-een over zonder nadere toelichting.

De uitspraak lijkt te onderstrepen dat de regels omtrent het verschoningsrecht en het doorbreken daarvan in zeer uitzonderlijke omstandigheden, weinig onduidelijkheden bevat. Hoe anders is de toon die namens het Openbaar Ministerie in *Het Financieele Dagblad* van vrijdag 19 juni 2015 werd aangeslagen.

Onder verwijzing naar vijf uitspraken van lagere rechters wordt van de zijde van het Openbaar Ministerie in een uitgebreid interview betoogd dat het verschoningsrecht 'verouderd' en 'doorgeschoten' zou zijn waardoor 'misbruik' in de hand zou worden gewerkt en de aanpak van fraude en georganiseerde misdaad zou worden 'gefrustreerd'.

De betreffende vijf nader te bespreken uitspraken zouden het Openbaar Ministerie sterken in haar standpunt. Hieronder wordt kort becommentarieerd waarom op basis van deze uitspraken niet kan worden gezegd dat de rechterlijke macht de opvatting van het Openbaar Ministerie zou steunen.

Rechtbank Amsterdam 28 november 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY8626 (Notaris Blijleven) en Rechtbank Oost-Brabant 24 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2390 (Internetcasino advocaat)

Bij het interview met een officier van justitie namens het Openbaar Ministerie wordt onder meer verwezen naar de uitspraken *Internetcasino advocaat* en *Notaris Blijleven*. Dat betrof echter gevallen waarin de rechter oordeelde dat de verdenking bestond dat de advocaat respectievelijk notaris zelf in samenwerking met hun cliënten strafbare feiten pleegden. Dat in dergelijke uitzonderlijke gevallen het verschoningsrecht wordt doorbroken, is niet nieuw. Het betoog van het Openbaar Ministerie dat het verschoningsrecht wordt opgerekt en is

doorgeschoten, wordt ogenschijnlijk hierdoor niet gesteund.

Rechtbank Amsterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:2183 (Innoconcepts)

De relevante overwegingen in de *Innoconcepts*-zaak zijn de volgende.

'7.2.6 De rechtbank is van oordeel dat er redelijkerwijs geen twijfel is dat het standpunt van klaagster en haar advocaten onjuist is waar zij stellen dat *alle* communicatie en correspondentie vanaf 28 januari 2011 betreffende [bedrijf 1 NV] (gelieerde bedrijven, personen en onderwerpen) vallen onder het verschoningsrecht van de advocaten van klaagster, omdat die communicatie louter in verband staat en kan staan met de door de advocaten verleende bijstand aan klaagster en het in dat kader verrichtte onderzoek. 7.3.7. Gelijk de advocaten van klaagster in raadkamer hebben onderkend, is het immers *niet uit te sluiten* dat ook buiten hun medeweten en niet alleen naar aanleiding van hun betrokkenheid bij de zaak [bedrijf 1 NV] door medewerkers van klaagster onderling en/of met derden over [bedrijf 1 NV] is gecommuniceerd. 7.3.8. Het valt voorts ook niet uit te sluiten dat bepaalde communicatie en correspondentie betreffende [bedrijf 1 NV] op de harde schijf onder een verschoningsrecht valt, maar dat moet, gelet op het onjuiste standpunt van klaagster en haar advocaten, per gegeven worden beslist.' (cursiveringen toegevoegd)

De rechtbank concludeert dan dat een onderzoek moeten volgen bij de rechter-commissaris, waarbij voor de te volgen procedure kan worden aangesloten bij in deze zaak al eerder vastgelegde werkafspraken. Zodat 'is gewaarborgd dat het onderzoek naar deze gegevens overeenkomstig artikel 125l Sv wordt ingericht op een wijze waarbij het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.'

De *Innoconcepts*-uitspraak lijkt aan te sluiten bij de heersende leer. Het kan niet worden uitgesloten dat als de volledige digitale communicatie in beslag wordt genomen bij een onderneming, daar dan ook niet verschoningsgerechtigde communicatie tussen zit. Dat zal per gegeven moeten worden beslist.

Rechtbank Amsterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1775 (KPMG-gebouw)

De relevante overwegingen in de zaak die bekend is geworden als het *KPMG-gebouw*, werd het volgende overwogen.

'7.3.4. In de onderhavige zaak is sprake van een verdenking van het (mede)plegen van een *intellectueel delict* dat *in enige tijdspanne* en *in onderlinge samenwerking* tot stand is gekomen. 7.3.5. In navolging van de rechters-commissarissen, die – anders dan de rechtbank – de bedoelde stukken inhoudelijk hebben bestudeerd, is de rechtbank van oordeel, *dat in de*

onderhavige zaak, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, in het bijzonder de aard en complexiteit van de verdenking, als instrumenti delicti kunnen worden aangemerkt:

e-mailverkeer (van verdachten, maar ook van of aan derden of tussen derden onderling) dat betrekking heeft op het overleg over en/of het uitdenken van de strafbare gedragingen;
notulen die betrekking hebben op het overleg over en/of het uitdenken van de strafbare feiten en
concepten van (valse) overeenkomsten, zoals concepten van de Realisatieovereenkomst.

Dit, omdat met deze documenten de verweten strafbare feiten in onderling overleg zijn uitgedacht

met behulp daarmee de strafbare feiten tot stand en voltooiing zijn gekomen

slechts na een langdurig, ingewikkeld proces van onderhandelen en discussiëren over meerdere conceptversies

Conceptversies en daarmee verband houdende stukken vormen daarmee een essentiële voorwaarde voor de totstandkoming van de finale overeenkomst

zelfstandige betekenis

Door de rechtbank wordt meermaals benadrukt dat deze zaak een zéér bijzonder geval is. Reeds om die reden kan daarin niet worden gelezen dat de rechtspraak een nieuwe richting is ingeslagen en dat het verschoningsrecht hopeloos 'verouderd' en 'doorgeschoten' zou zijn. Het zou in dat geval volgens de rechtbank gaan om een intellectueel delict dat in een langdurig en ingewikkeld proces van onderhandelingen en discussies over conceptversies van de uiteindelijke overeenkomst zou zijn gepleegd. Het e-mailverkeer dat betrekking heeft op het uitdenken van de delicten en de notulen die betrekking hebben op het uitdenken van de strafbare feiten en waardoor aldus de intellectuele delicten zouden zijn gepleegd, zouden volgens de rechtbank als corpus en instrumenti delicti hebben te gelden en daarom niet onder de geheimhouding van de verschoningsgerechtigde in kwestie vallen.

De overwegingen betreffen volgens de rechtbank een 'nadere invulling' van de voor 'corpus en instrumenti delicti' vereiste zelfstandige betekenis. Het is de vraag of deze door de rechtbank zelfstandig gegeven 'nadere invulling' overeind blijft. Mogelijk gebeurt dat in dit bijzondere geval. Het Openbaar Ministerie zit er in het genoemde interview in ieder geval mee dat de notaris in kwestie naar de Hoge Raad is gestapt en dat het Openbaar Ministerie 'daar toch weer iedere keer over moet procederen'. Daarvan kan juist worden gezegd dat het in

Nederland geldende systeem rondom (toetsing van het) verschoningsrecht goed functioneert.

In dezelfde uitspraak wordt door de rechtbank het volgende overwogen. '7.3.7. Ten aanzien van MG61 (de e-mailwisseling tussen [persoon 3] van [bedrijf 1 B.V.] en [persoon 2] van [bedrijf 2 B.V.] van 25 september 2006) overweegt de rechtbank als volgt. Klager heeft deze e-mailwisseling in carbon copy ontvangen. De rechtbank is van oordeel dat *nu de geheimhouder deze e-mailwisseling niet de geadresseerde of afzender is van deze e-mails, er geen sprake is van een vertrouwelijk document als bedoeld in artikel 98, eerste lid, Sv.*' (cursivering toegevoegd)

Dit betrof e-mailverkeer op een specifieke dag waarop klaarblijkelijk een notaris in CC stond opgenomen en aldus de e-mails ontving. Waarom hij in de CC stond en wat de inhoud van de berichten was, wordt niet duidelijk. De redenering van de rechtbank dat hij geen geadresseerde is van de e-mails omdat hij in CC staat, kan ik zonder nadere toelichting niet volgen. Het lijkt mij een te grote stap dat alle CC-e-mails aan een geheimhouder per definitie niet onder het bereik van zijn verschoningsrecht zouden vallen. Voor de vraag of de betreffende e-mails in CC de geheimhouder ook in zijn hoedanigheid als geheimhouder bereikten, zal mijns inziens de inhoud van de betreffende correspondentie bepalend zijn. Als een verdachte zijn adviesvraag voor twee advocaten in een e-mail aan zichzelf stuurt met de twee advocaten in BCC zodat de verdachte twee originele adviezen krijgt, kan niet worden volgehouden dat die twee advocaten 'omdat zij in BCC stonden' niet de geadresseerden zouden zijn van het bericht. Hetzelfde geldt voor een e-mail met de aanheft 'Beste allen' aan verschillende personen die als TO en CC zijn geadresseerd. Omgekeerd is het ook begrijpelijk dat als een geheimhouder in de CC staat met het uitsluitende doel diens verschoningsrecht op een later moment te misbruiken, dan dat verschoningsrecht wordt doorbroken. Er zal daarom door de rechter-commissaris naar de inhoud van de communicatie moeten worden gekeken en niet naar de vorm waarin een e-mail werd verzonden.

Ook ten aanzien van dit onderdeel is het de vraag of dat oordeel bij de Hoge Raad in deze bijzondere zaak overeind blijft.

Civiele kamer Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248 (Vestia)

De vijfde en laatste uitspraak waarnaar bij het interview namens het Openbaar Ministerie wordt verwezen, heeft betrekking op een civielrechtelijke kwestie waarin dus geen van de partijen tegenover het machtige Openbaar Ministerie staat. Dit civiele incident ging over een feitenonderzoek uitgevoerd door een advocatenkantoor. Van dat onderzoek was een concept eerder ingezien door de commissarissen (wederpartijen van Vestia die door Vestia werden verweten onrechtmatig jegens haar te hebben gehandeld), maar de definitieve versie van het rapport was uiteindelijk niet verstrekt. De relevante overwegingen luiden als volgt.

‘3.66. De commissarissen – die inzage hebben gehad in het conceptrapport – hebben onweersproken gesteld dat het doel van het onderzoek volgens de onderzoeksopdracht gelegen was in het verkrijgen van een onafhankelijk en objectief beeld van de feitelijke gang van zaken rond de totstandkoming van de derivatenpositie van Vestia. Uit de bij de inzage in het concept-rapport door de raadslieden van de commissarissen gemaakte aantekeningen blijkt dat in het rapport staat: “Het rapport bevat uitsluitend feitelijke bevindingen omtrent de in par. (...) vermelde onderwerpen van het Onderzoek. Het Rapport bevat geen juridische bevindingen, noch juridische kwalificaties of juridische conclusies van vermelde feitelijke bevindingen.” Verder hebben de commissarissen onweersproken gesteld dat in het rapport een voorbehoud wordt gemaakt door het uitspreken van de verwachting dat Vestia het rapport zou (moeten) delen met de relevante autoriteiten en erop gewezen dat Vestia in de aan deze procedure voorafgaande aansprakelijkstelling aan de commissarissen heeft geschreven dat De Brauw “onafhankelijk onderzoek heeft gedaan naar de wijze waarop de derivatenportefeuille tot stand is gekomen”. [A] heeft deze standpunten van de commissarissen onderschreven.
3.67. Gezien het voorgaande is hiermee geen sprake van een intern, adviserend en vertrouwelijk stuk over de standpuntbepaling door Vestia in eventueel door haar te voeren gerechtelijke procedures, doch van een stuk dat de weerslag vormt van een feitelijk onderzoek. De door Vestia aangehaalde mededeling van De Brauw, dat het rapport valt binnen de reikwijdte van het (functioneel) verschoningsrecht van (advocaten van) De Brauw, wordt gelogenstraft door de door de commissarissen aangehaalde passage, waarin De Brauw benadrukt dat het rapport geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevat en door het voorbehoud ten aanzien van verstrekking van het rapport aan de relevante autoriteiten. Tevens is van belang dat er aan de commissarissen eerder reeds inzage in het rapport is verstrekt. Aldus is geen sprake van een door de advocaten van Vestia aan Vestia uitgebracht juridisch advies waarvan Vestia de inhoud in beginsel niet met derden hoeft te delen, aangezien anders het in Nederland geldende rechtsbeginsel dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene moet kunnen wenden tot een advocaat voor bijstand en advies, in te grote mate geweld zou worden aangedaan. Het door Vestia gedane beroep op het (afgeleid) verschoningsrecht van (de advocaten van) De Brauw stuit af op het voorgaande.’

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat Vestia op grond van artikel 843a Rv ook de definitieve versie van het rapport diende te verstrekken aan haar wederpartij, de commissarissen. Hoewel op de gehanteerde overwegingen van de civiele rechter een en ander valt af te dingen, hoeft het geen al te grote verbazing te wekken dat in het geval wordt vastgesteld dat geen sprake is van een geheimhouderstuk omdat sprake zou zijn van een onafhankelijke feitenrapportage (hetgeen overigens kan worden betwijfeld), dan vervolgens een civiele partij die al kennis had mogen nemen van een concept, uiteindelijk ook het definitieve stuk te zien krijgt. Daarbij is

niet onbelangrijk dat de rechtbank op voet van artikel 29 Rv geheimhouding heeft bevolen zodat het definitieve rapport niet met derden mag worden gedeeld en daarmee het stuk binnen de kring van Vestia en haar commissarissen blijft.

Ook hier is sprake van een bijzonder geval dat in mijn beleving niet mag worden opgevat als een signaal dat vanuit de rechterlijke macht plotseling een andere koers zou worden gevaren ten aanzien van geheimhouding en verschoning.

De stelling dat het verschoningsrecht oneigenlijk zou worden gebruikt en zou moeten worden aangepast aan de huidige tijd, kan niet worden gebaseerd op vijf uitspraken van lagere rechters waarin bovendien in het merendeel van de gevallen juist niet wordt afgeweken van de staande praktijk en over het andere deel het laatste woord nog niet is gesproken. Het betoog van het Openbaar Ministerie in *Het Financieele Dagblad* van vrijdag 19 juni 2015, is daarom storend.