

ANNOTATIE

Annotatie bij Hoge Raad 18 februari 2020, ECLI:NL:HR:2020:277.

mr. dr. B.J.V. Keupink

Annotatie bij Hoge Raad, 18-02-2020, ECLI:NL:HR:2020:277 (SR-2020-0060)

1. In het kader van een tussen (de raadkamer van) de rechtbank en de Hoge Raad terugkerende kwestie over beklag tegen inbeslagneming bij verschoningsgerechtigde notarissen, is de advocaat-generaal op 19 november 2019 in haar conclusie onder meer gekomen '(...) tot de volgende hypothese, die ik hierbij ter toetsing aan de Hoge Raad voorleg' (conclusie A-G Spronken, ECLI:NL:PHR:2019:1190, ov. 4.21).
2. Het gebeurt niet vaak dat hypothesen zo expliciet aan de Hoge Raad worden voorgelegd. Die hypothese houdt in de kern het volgende in. Het beginsel dat het oordeel van de verschoningsgerechtigde over de vraag of stukken onder het verschoningsrecht vallen bepalend is, brengt met zich dat slechts in situaties waarin sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden of waarin sprake is van twijfel of stukken kunnen worden aangemerkt als corpora respectievelijk instrumenta delicti, de rechter-commissaris dan wel de beklagrechter bevoegd is om voorafgaand aan een beslissing of van een dergelijke uitzonderingssituatie sprake is, kennis te nemen van de inhoud van de in beslag genomen stukken en dan slechts in zoverre als het nodig is om te beoordelen of van een van deze uitzonderingssituaties sprake is.
3. Zie ik het goed, dan lijkt de Hoge Raad aan het slot van deze uitspraak van 18 februari 2020, in een aantal overwegingen ten overvloede ('2.7.1 Opmerking verdient dat ...'), deels op de hypothese van de advocaat-generaal in te gaan onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.
4. Op niet-ongebruikelijke wijze herhaalt de Hoge Raad (r.o. 2.7.1-2.7.3) de kaders die de voorgaande jaren in rechtspraak zijn uitgezet (onder verwijzing naar HR 2 juli 2013,

ECLI:NL:HR:2013:CAO434, HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566 en HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324):

‘2.7.1 (...) Op grond van art. 98 Sv mogen bij personen met een bevoegdheid tot verschoning als bedoeld in art. 218 Sv zonder hun toestemming brieven of andere geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt, niet in beslag worden genomen. Wel mogen, zoals volgt uit art. 98, vijfde lid, Sv, zonder hun toestemming in beslag worden genomen brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, nu dergelijke brieven en geschriften geen object zijn van de aan bedoelde personen toekomende bevoegdheid tot verschoning.

Wanneer de verschoningsgerechtigde zich op het standpunt stelt dat het gaat om brieven of geschriften die geen voorwerp van het strafbare feit uitmaken en evenmin tot het begaan daarvan hebben gediend en waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dient dit standpunt door de organen van politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Het oordeel of dit laatste het geval is komt in eerste instantie toe aan de rechter|commissaris, bij voorkeur na overleg met een gezaghebbend vertegenwoordiger van de beroepsgroep van de verschoningsgerechtigde (zoals de plaatselijk deken van de Orde van Advocaten of de Ringvoorzitter). *Voor zover dat noodzakelijk* is mag daartoe door de rechter-commissaris van de desbetreffende stukken worden kennisgenomen. (Vgl. HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:CAO434.) (...)

2.7.3 (...) *Voor zover dat noodzakelijk* is voor de beoordeling van het klaagschrift, mag de raadkamer van de Rechtbank eveneens van de betreffende stukken kennisnemen (vgl. HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324).’ (cursivering toegevoegd)

5. In het licht van de conclusie en de hypothese van de advocaat-generaal had hier mijns inziens meer in gezeten. De advocaat-generaal concludeert onder meer:

‘4.22. Daarbij meen ik dat de verdenking dat van deze uitzonderingssituaties sprake is, vooraf moet bestaan. Ik ben met mijn ambtgenoot Knigge van oordeel dat het niet de bedoeling kan zijn, dat inbeslagneming van dossiers bij verschoningsgerechtigden plaats vindt bij wijze van *fishing expedition* om aan de hand van de inhoud hiervan te bezien of de verschoningsgerechtigde zich bijvoorbeeld schuldig heeft gemaakt aan zeer ernstige strafbare feiten, of om te onderzoeken of er zich misschien vervalste stukken (*corpora of instrumenta*) in de dossiers bevinden.

4.23. Ook voor het standpunt dat er redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het oordeel van de

verschoningsgerechtigde onjuist is, dienen mijns inziens concrete aanwijzingen te bestaan, buiten de inbeslaggenomen stukken om. Alleen dan is de rechtszekerheid over de reikwijdte van het verschoningsrecht zoals deze in de vaste rechtspraak van de Hoge Raad is verankerd, gewaarborgd.'

6. Voor een discussie over de redelijkerwijs buiten twijfel staande onjuistheid van het standpunt van de verschoningsgerechtigde zouden dus – zoals de advocaat-generaal schrijft, en waarmee ik het volledig eens ben – concrete aanwijzingen moeten bestaan, op basis van ander materiaal dan de (mogelijk) geprivilegieerde stukken. Daarnaast zou de verdenking dat van een van de uitzonderingssituaties sprake is, vooraf al moeten bestaan; dus vóór kennisneming, in plaats van ná een *fishing expedition*.

7. De advocaat-generaal had dan ook ten aanzien van inhoudelijke kennisneming van de stukken uitdrukkelijk de terechte vraag opgeworpen: 'Wat betekent "voor zover noodzakelijk"?' (conclusie A-G, ov. 4.17). Maar door de Hoge Raad wordt geen concreet antwoord gegeven op haar vraag. De betekenis van 'voor zover noodzakelijk' blijft gezien de cursivering hierboven ongeveer bij: 'voor zover dat noodzakelijk is, mag van de betreffende stukken worden kennisgenomen'. Een gemiste kans.

8. Daarnaast klinkt in de conclusie van de advocaat-generaal enige zorg door over het behoud van het primaat van de verschoningsgerechtigde bij het bepalen of sprake is van verschoningsgerechtigde stukken. De rechtbank had volgens de advocaat-generaal (conclusie A-G, ov. 2.13) '(...) alle inbeslaggenomen stukken zelf inhoudelijk beoordeeld, zonder daarbij het primaat van klagers om te bepalen wat onder hun verschoningsrecht valt, in acht te nemen'. Wat de rechtbank heeft gedaan is 'evident in strijd met de uitgangspunten die gelden voor de procedure die zou moeten worden gehanteerd bij een inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden' (conclusie A-G, ov. 4.2). In overweging 4.24 is de advocaat-generaal van oordeel dat het zonder gegronde reden voorbijgaan aan het primaat van de verschoningsgerechtigde bij de inbeslagneming van stukken op zichzelf al een fundamentele inbreuk op het verschoningsrecht oplevert, die zou moeten leiden tot gegroundverklaring van het beslag. Volgens de advocaat-generaal zou dit moeten leiden tot een nieuwe beoordeling van de stukken met inachtneming van alle waarborgen. Helaas gaat de Hoge Raad niet expliciet in op de uitleg die de advocaat-generaal geeft aan de beschikking van de Hoge Raad van 11 juli 2017 (conclusie A-G, ov. 4.9-4.11). De Hoge Raad houdt vast aan zijn standaardformulering en deelt klaarblijkelijk – althans, zo begrijp ik daaruit – de zorgen van de advocaat-generaal niet. Het is in beginsel de verschoningsgerechtigde die bepaalt of stukken onder diens verschoningsrecht vallen en dat standpunt moet vervolgens worden geëerbiedigd door de opsporingsambtenaren, tenzij redelijkerwijze geen twijfel erover kan bestaan dat dat standpunt onjuist is. Het oordeel over deze 'tenzij' komt in de woorden van de

Hoge Raad 'in eerste instantie' toe aan de rechter-commissaris, nadat daaraan voorafgaand de verschoningsgerechtigde diens standpunt heeft ingenomen. Positief beschouwd, neemt de Hoge Raad geen afstand van eerdere rechtspraak en kent de Hoge Raad aldus onverminderd het primaat aan de verschoningsgerechtigde toe zoals al het uitgangspunt was en in essentie ook is neergelegd in artikel 98 Sv. De Hoge Raad laat het aan de uiteindelijke zittingsrechter in plaats van de beklagrechter en onthoudt de lezer voorlopig nog van verdere verduidelijking.

9. Voorts valt op dat, anders dan de advocaat-generaal en de rechtbank, de Hoge Raad de frase of sprake is geweest van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden die met zich brengen dat het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang dat door het verschoningsrecht wordt gediend' (vgl. bijv. HR 10 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9494), niet hanteert in deze uitspraak. Dat is op zichzelf niet nieuw in dit soort overwegingen (vgl. bijv. HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714), maar het valt op omdat de advocaat-generaal en de rechtbank dat aspect juist wel meenemen in hun beoordeling en de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' in literatuur steevast als één van de drie doorbrekingsgevallen wordt aangemerkt (naast gegeven toestemming en naast de corpora/instrumenta delicti). Mogelijk is de gedachte van de Hoge Raad dat voor beoordeling van de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden waarin waarheidsvinding prevaleert' geen kennisneming van de in beslag genomen, geprivilegieerde, stukken nodig zal zijn 'nu het daarbij gaat om de beoordeling van omstandigheden die zich ongeacht de inhoud van de stukken voordoen' (vgl. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, r.o. 2.4.2), zoals bijvoorbeeld in een geval waarin de verschoningsgerechtigde zelf ernstige strafbare feiten begaat. Als dat klopt, dan zou ook over deze band het verschoningsrecht een beetje verder worden beschermd tegen onnodige doorbreking. Nu daarover niets is overwogen door de Hoge Raad in deze uitspraak, kan daarover evenwel weinig worden gezegd.

10. In overwegingen ten overvloede die volgens de Hoge Raad 'opmerking verdienen' en waarin het geldende recht wordt uiteengezet, zou naar mijn mening meer mogen worden meegegeven dan alleen een samenvatting van eerdere rechtspraak. Al was het maar om extra duidelijkheid en compleetheid te bieden aan de rechtspraak. Zeker wanneer de conclusie van de advocaat-generaal daar vriendelijk toe dringt. Deze uitspraak leende zich voor een nadere verdieping van de doorbrekingskaders van het verschoningsrecht. Helaas lijken andere overwegingen te hebben geprevaleerd.