

37. Ontwikkelingen omtrent het (notarieel) verschoningsrecht

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de ontwikkelingen omtrent het (notarieel) verschoningsrecht in de eerste helft van 2015. Daarbij wordt aandacht besteed aan de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, de rechtspraak en de parlementaire discussie over het functioneel verschoningsrecht. Er blijkt onder de noemer van misdadbestrijding fors op de poort van het verschoningsrecht te worden geramd in de hoop daar de sleutel tot het voorkomen en oplossen van alle criminaliteit aan te treffen.

1. De Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit

Per 1 maart 2015 is de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit in werking getreden. Deze wet voorziet onder meer in een nieuwe regeling voor de procedure omtrent het toetsen van het beroep op het verschoningsrecht. Dit is deels een codificatie van bestendige praktijk.¹ De procedure wordt aanzienlijk versneld, zodat eerder duidelijkheid wordt verkregen voor de verschoningsgerechtigde beroepsgeheimhouder en de opsporingsinstantie. Zo dient de verschoningsgerechtigde thans bij de rechtbank binnen veertien dagen een klaagschrift in te dienen tegen een beslissing van de rechter-commissaris dat voorwerpen en gegevens in beslag kunnen worden genomen. De rechtbank dient vervolgens binnen dertig dagen na ontvangst van het klaagschrift te beslissen. Voor de cassatieprocedure is bepaald dat de Hoge Raad binnen negentig dagen na indiening van de schriftuur op het cassatieberoep moet hebben beslist.

Via de nieuwe wet is aan art. 98 lid 1 Wetboek van Strafvordering de zin toegevoegd dat “de rechter-commissaris bevoegd is ter zake te beslissen”. In de wetsgeschiedenis is weinig tot geen aandacht besteed aan deze toevoeging. Wat houdt dit eigenlijk in? Betekent dit een verschuiving van de initiële beslissingsbevoegdheid van de verschoningsgerechtigde naar de rechter-commissaris?² Dat lijkt onaannemelijk, omdat in de toelichting bij de wet te kennen is gegeven dat deze wet geen inhoudelijke wijziging voor het verscho-

ningsrecht betekent.³ In het Algemeen Overleg van 8 april 2015 vinden we hierover wel het een en ander terug. Het primaat omtrent het beslissen over de toepasselijkheid van het verschoningsrecht lijkt opvallend genoeg (en zonder nadere toelichting) juist bij de rechter-commissaris te worden gelegd.⁴ Dit is opvallend, omdat volgens vaste rechtspraak het oordeel over de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken in beginsel immers toekomt aan de verschoningsgerechtigde en dit oordeel dient door justitie te worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.⁵

Dit laatste was bijvoorbeeld het geval in de beklagprocedure in de kwestie rondom de ontwikkeling van het KPMG-hoofdkantoor.⁶ Centrale vraag in de zaak was of de in beslag genomen stukken inderdaad geheimhouderstukken zijn of als *corpora et instrumenti delicti* dienen te worden aangemerkt. Het ging om e-mailverkeer dat betrekking heeft op overleg over en/of het uitdenken van de strafbare gedragingen, notulen die daarmee verband houden, alsmede om concepten van (valse) overeenkomsten. De rechtbank oordeelde op 19 maart 2015 dat dit *corpora et instrumenti delicti* zijn, omdat met deze documenten de verweten strafbare feiten in onderling overleg zijn uitgedacht en met behulp daarmee de strafbare feiten tot een voltooiing zijn gekomen. Een e-mailwisseling tussen betrokkenen met de notaris in de CC is volgens de rechtbank niet als vertrouwelijke informatie aan te merken, omdat de notaris niet de geadresseerde of afzender van de e-mails is. Ook een factuur als bijlage bij een brief aan een geheimhouder kan in dit geval volgens de

1 De rol van de ringvoorzitter of deken is evenwel buiten beschouwing gelaten.

2 Zie ook: M.J. Borgers en T. Kooijmans, “Het wetsvoorstel verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit”, *DD* 2013(8), p. 589-604.

3 *Kamerstukken II* 2012-2013, 33685, nr. 4, p. 18-19 en 23.

4 Verslag van een algemeen overleg over fraude, *Kamerstukken II* 2014-2015, 17050, nr. 505, p. 6.

5 HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262.

6 Rb. Amsterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1775.

rechtbank als een *corpus delicti* worden aangemerkt. De rechtbank heeft daarbij in het bijzonder acht geslagen op de aard en complexiteit van de verdenking en heeft geoordeeld dat er redelijkerwijs geen twijfel bestaat dat het standpunt van de notaris onjuist is.

In een zaak over een notariële akte van overdracht van aandelen oordeelde de Rechtbank Rotterdam op 28 januari 2015 dat deze akte een (externe) bewijsbestemming en dus derdenwerking heeft, zodat het niet bestemd is om onder het verschoningsrecht van de notaris te vallen.⁷ Een bijzondere uitspraak, omdat voor de beslissing omtrent het verschoningsrecht een criterium van (externe) bewijsbestemming werd gehanteerd in plaats van de vraag of het aan de notaris als zodanig toevertrouwde informatie betrof. De Rechtbank Oost-Brabant had op 26 maart 2014 een andere koers ingezet:⁸ de akten van levering van aandelen, inclusief de ontwerpakten, werden aangemerkt als geheimhouderstukken, omdat, kort gezegd, deze niet in openbare bronnen zijn gepubliceerd. Opvallend genoeg werd de betreffende notaris in de Rotterdamse zaak geheel niet in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de vraag of (de inhoud van) de akte als toevertrouwde informatie moest worden aangemerkt. Zelfs als de strafrechter had bepaald dat de akte van het bewijs diende te worden uitgesloten, dan nog was de akte onderdeel van het dossier gebleven en derhalve in bezit van de instanties. Het Wetboek van Strafvordering voorziet namelijk niet in een systeem waardoor stukken daadwerkelijk uit het procesdossier worden verwijderd. Dit is ook reden waarom een zorgvuldige screening op geheimhouderstukken bij inbeslagneming zo belangrijk is. Daarbij hoort dat de geheimhouder en een vertegenwoordiger van de beroepsgroep zich hierover kunnen uitlaten. Is een stuk eenmaal onvoorwaardelijk in handen van de instanties, dan is de grip op vertrouwelijkheid voor altijd weg.

2. Toegenomen spanningsveld?

Na de inwerkingtreding van de nieuwe wet heeft de politieke discussie zich gericht op het toegenomen spanningsveld tussen het verschoningsrecht enerzijds en de opsporing en vervolging anderzijds.⁹ Of er daadwerkelijk sprake is van een toegenomen spanningsveld of dat dit zo wordt ervaren of benoemd, is mij uit het verslag van het Algemeen Overleg of uit ander onderzoek niet bekend (geworden). Spanning tussen het verschoningsrecht enerzijds en de waar-

heidsvinding anderzijds is er altijd geweest en dat zal altijd zo blijven. Het is de klassieke botsing tussen openbaarheid en vertrouwelijkheid, tussen transparantie en discretie.

Indien wordt aangenomen dat er sprake is van een toegenomen spanningsveld, wat is dan de oorzaak hiervan? Is dit een gevolg van het veiligheidsdenken, dat zich onder meer kenmerkt door een groot vertrouwen in het middel strafrecht? De minister duidt het strafrecht immers ook al vaak aan als een *optimum remedium* in plaats van een *ultimum remedium*, zoals het altijd is geïntroduceerd.¹⁰ Is wellicht de expliciete focus van de overheid op ‘facilitators’ debet aan het toegenomen spanningsveld? Is er daarbij een dusdanige vrees dat het verschoningsrecht wordt misbruikt om als dekmantel van duistere zaken te dienen of heeft dit veel meer te maken met een bestaand of gevoeld onvermogen om goed op een andere wijze bewijs te vergaren wegens het ontbreken van voldoende opsporingscapaciteit en middelen? Interessant in dit verband is het volgende deel uit de toelichting van de minister:¹¹

“[...] Men is graag bereid om erover te spreken, omdat men zich volgens mij ook wel realiseert dat het aanzien van de advocatuur en het notariaat staat of valt met het al dan niet in de samenleving blijven voortleven van de indruk dat die organisaties actief bijdragen aan het niet opspoorbaar maken van fraude. De eerlijkheid gebiedt overigens te zeggen dat bij de over-, overgrote meerderheid van de notarissen en advocaten daar natuurlijk geen sprake van is.”

Die eerlijkheid kan in de discussie wat mij betreft veel meer worden benadrukt. Dat zal leiden tot een betere indruk van en een groter vertrouwen in de beroepsgroepen. Ik vraag mij ook af of, en zo ja hoe, is onderzocht of in de samenleving daadwerkelijk de indruk leeft en blijft voortleven dat de advocatuur en het notariaat actief bijdragen aan het niet opspoorbaar maken van fraude. Indien die indruk wordt vastgesteld, dan ben ik benieuwd wat de rol en de houding van de overheid in het creëren en in stand houden van dat beeld zijn geweest. Daar ligt mijns inziens een verantwoordelijkheid voor de overheid. Voor de goede orde zij opgemerkt dat het hebben van een verschoningsrecht per definitie als een complicatie voor de opsporing zal worden ervaren, maar dit wil niet

7 Rb. Rotterdam 28 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:652.

8 Rb. Oost-Brabant 26 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:3420.

9 Verslag van een Algemeen Overleg over: fraude, *Kamerstukken II* 2014-2015, 17050, nr. 505.

10 De *ultimum remedium*-gedachte houdt in dat alleen als geen enkel ander middel geschikt is, voor de inzet van het strafrecht dient te worden gekozen. Zie ook: J.H. Crijns, “Strafrecht als *ultimum remedium*. Levend leidmotief of archaisch desideratum?”, *AA* 2012, p. 11-18.

11 Verslag van een algemeen overleg over fraude, *Kamerstukken II* 2014-2015, 17050, nr. 505, p. 22.

zeggen dat actief wordt bijgedragen aan het frustreren van waarheidsvinding. Als algemeen rechtsbeginsel heeft immers juist te gelden dat er grotere belangen zijn dan waarheidsvinding.

Indien er sprake zou zijn van een toegenomen spanningsveld, dan is dat mogelijk niet zozeer de spanning tussen de belangen van vertrouwelijkheid en waarheidsvinding – daar komt de rechter uiteindelijk wel uit – maar wellicht veeleer de spanning tussen de beroepsgeheimhouders enerzijds en de toezicht- en opsporingsinstanties anderzijds. Vaak zal de natuurlijke reactie van de advocaat, notaris of medicus op een verzoek om openbaar te maken wat aan hem is toevertrouwd terughoudend en kritisch zijn. Dat is niet enkel omdat vorderingen en doorzoeken veelal met een groot machtsvertoon gepaard gaan, waarbij vaak weinig aandacht is voor de bijzondere positie van de verschoningsgerechtigde, en zeker ook niet om vervelend te doen, maar aan hem is een bijzonder recht toegekend en een schending van de geheimhouding levert bovendien een strafbaar feit voor hem op. Dit leidt tot een ingewikkelde spagaat voor de geheimhouder, die zelf maar moeilijk kan toetsen op welke gronden en met welke doelen de instanties onderzoek verrichten en gegevens vorderen.

Het is in dit verband weinig constructief dat opsporende instanties zo expliciet beleid maken en uitvoeren op beroepsgroepen in het algemeen. Met het aanmerken van geheimhouders als verdachten en het toerekenen aan beroepsgroepen moet zeer terughoudend en prudent worden omgegaan. Net zo min als het verschoningsrecht niet mag worden misbruikt als dekmantel, mag de overheidsbevoegdheid niet worden ingezet om het rechtsstatelijke boekje te buiten te gaan. Een verdenking van strafbare feiten gepleegd door een verschoningsgerechtigde is natuurlijk ernstig, maar gelet op de ruime strafbepalingen en grote zorgplicht van de verschoningsgerechtigde niet al te lastig te formuleren. Deze verdenking dreigt naar de huidige stand van zaken wel een doorslaggevend criterium te worden, terwijl van een evenwichtig dossier nog geen sprake is. De vraag is of deze verdenking kritisch genoeg kan worden beoordeeld door de beklagrechter. Inbeslagneming van dossiers bij wijze van *fishing expedition* om te bezien of de verschoningsgerechtigde zich schuldig heeft gemaakt aan zeer ernstige feiten is in ieder geval ontoelaatbaar.¹²

Van de geheimhouder mag op zijn beurt ook een weloverwogen en constructieve benadering worden verwacht. Aan hem komt een bijzondere verantwoor-

delijkheid toe om zich als eerste uit te laten over de vraag of informatie onder zijn verschoningsrecht valt. Een zorgvuldige en prudente benadering van die vraag komt het vertrouwen in de beroepsgroepen ten goede. Het verlies van het verschoningsrecht voor beroepsgeheimhouders zal een groot probleem voor de samenleving betekenen. Dat zullen alle betrokken partijen zich moeten realiseren. Bij een te felle en starre strijd zal enkel de samenleving verliezen.

3. Tot slot

De minister zal kort voor of na het zomerreces de Tweede Kamer informeren over het resultaat van de gesprekken die met de NOvA, de KNB en het OM worden gevoerd over hoe moet worden omgegaan met het toegenomen spanningsveld tussen verschoningsrecht enerzijds en opsporing en vervolging anderzijds. Dat deze gesprekken worden gevoerd, valt enkel toe te juichen, waarbij ik ervoor pleit dat ten behoeve van die gesprekken ook in beeld wordt gebracht of er sprake is van een toegenomen spanningsveld en wat de oorzaken daarvan zijn. Daarnaast vraag ik mij af of via deze weg een antwoord moet worden verkregen op vragen omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht. Het antwoord is immers in grote mate afhankelijk van de omstandigheden van het geval en laat zich moeilijk in een of enkele algemene regels vatten. Ik heb ook niet de indruk dat de rechter niet met deze vragen uit de voeten kan. Het is juist de rechter die het uitgangspunt van de verschoningsgerechtigde kan toetsen. Het is wel belangrijk dat de rechter voldoende tijd krijgt om zich een afgewogen oordeel te vormen omtrent de verdenking en de vraag per in beslag genomen voorwerp of het verschoningsrecht van toepassing is. Het is goed dat een versnelde procedure is ingevoerd, mits dat niet ten koste gaat van een kritische en zorgvuldige rechterlijke beoordeling.

Mr. J. Geertsma

Partner bij Jahae Raymakers

¹² Conclusie advocaat-generaal mr. G. Knigge, ECLI:NL:HR:2014:1566, 4.14.