

ANNOTATIE

Van de inbeslagname van geheimhouderstukken en het beroepsgeheim

mr. J.F.M. Wasser

Annotatie bij Hoge Raad, 22-12-2015, ECLI:NL:HR:2015:3714 (GZR-2016-0045, SR-2016-0030)

Sinds 1 maart 2015 geldt een nieuwe regeling in het Wetboek van Strafvordering ten aanzien van de behandeling van een klaagschrift tegen de inbeslagname c.q. kennisname van voorwerpen die gegevens kunnen bevatten waarop de plicht tot geheimhouding rust. Deze regeling is niet geschreven met het oog op medische geheimhouders, maar is wel zodanig breed geformuleerd dat deze gewijzigde wetgeving ook op medische geheimhouders van toepassing is.

Wettelijke procedure bij inbeslagname onder geheimhouder

Eerst in het kort de nieuwe wettelijke procedure. Bij een geheimhouder zelf worden in beginsel (behoudens door de geheimhouder verleende toestemming) geen geheimhouderstukken in beslag genomen. Als dat toch geschiedt en de geheimhouder daartegen bezwaar maakt, wordt van deze stukken geen kennisgenomen, totdat daarover onherroepelijk door de rechter is geoordeeld. De nieuwe wettelijke procedure brengt in deze uitgangspunten geen verandering. Het is in eerste instantie aan de rechter-commissaris (RC) om over een dergelijk klaagschrift en het beroep op het beroepsgeheim te beslissen. Meent de RC dat inbeslagneming is toegestaan, dan geeft deze een schriftelijke beslissing, waartegen binnen 14 dagen beklag openstaat bij de rechtbank (art. 98 Sv). De rechtbank dient binnen 30 dagen na indiening over dat beklag te beslissen (art. 552a lid 7 Sv). Tegen deze uitspraak is alleen cassatie mogelijk; cassatieberoep moet binnen 14 dagen na betekening worden

ingesteld – de Hoge Raad moet binnen 90 dagen beslissen (art. 552d lid 4 Sv). Door deze versnelde procedure wordt voorkomen dat kennisname van de stukken jaren op zich kan laten wachten.[1]

Niet-wettelijke procedure bij inbeslagname onder ander dan geheimhouder

Hoe nu echter, als dit stuk niet bij de geheimhouder zelf in beslag wordt genomen, maar bij een derde? Op deze situatie is de nieuwe wettelijke regeling niet (direct) van toepassing. In diens beschikking van 13 oktober 2015 geeft de Hoge Raad nadere uitleg over de te volgen procedure in een dergelijke situatie. Eerst is nog van belang te vermelden, dat het voor een beroep op het medisch beroepsgeheim niet relevant is, wáár de als geheimhoudergegevens aan te merken gegevens zijn aangetroffen. Recent [2] strafte de Hoge Raad het standpunt van de Rechtbank Rotterdam, dat de in artikel 98 Sv bedoelde geheimhoudingsplicht zich niet uitstrekte tot de uitslag van een Mantouxtest om de enkele reden dat die in het huis van de klager was aangetroffen, terecht maar wel vrij hardhandig af. Volgens vaste rechtspraak [3] is het in beginsel aan de verschoningsgerechtigde om te bepalen of een voorwerp gegevens bevat, die onder het verschoningsrecht vallen en dient dat standpunt door de rechter en het Openbaar Ministerie te worden geëerbiedigd. Dat is alleen dan anders, als er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat het oordeel van de geheimhouder onjuist is. De HR herhaalt dat standpunt ook nog eens in de beschikkingen van 22 december 2015 en 26 januari 2016,[4] zodat daarover in ieder geval nimmer een misverstand kan bestaan. Dit oordeel was overigens ook eerder al voor de Hoge Raad aanleiding om te oordelen dat alleen een verschoningsgerechtigde zelf in een dergelijke beklagprocedure als belanghebbende kan worden aangemerkt.[5] Zo ook nog recent en met een zekere stelligheid de Rechtbank Oost-Brabant.[6] De Hoge Raad legt in de beschikking van 13 oktober 2015 uit hoe moet worden gehandeld als dat ‘geheimhouderstuk’ niet bij de geheimhouder zelf, maar bij een derde in beslag wordt genomen, en deze derde een beroep doet op het verschoningsrecht van de geheimhouder. De met ingang van 1 maart 2015 in werking getreden versnelde procedure (door aanpassing van onder meer art. 98, 552a en 552d SV) regelt namelijk (als gezegd) niets voor die situatie. De HR komt met de volgende procedure:

- a. Deze derde moet een klaagschrift indienen bij de RC en daarbij een beroep doen op het verschoningsrecht.
- b. Vindt de RC dat inbeslagname is toegestaan, dan leidt dat er niet zonder meer toe dat van de stukken kennis kan worden genomen. Immers, omdat het beroep op het verschoningsrecht is voorbehouden aan de geheimhouder zelf,[7] dient deze in de discussie te worden betrokken.
- c. De RC dient in dat geval zijn beslissing aan de geheimhouder te betekenen, onder

mededeling (i) dat de geheimhouder zelf ook de mogelijkheid heeft om met een beroep op zijn verschoningsrecht een klaagschrift tegen de inbeslagname in te dienen, en (ii) dat niet tot kennisname wordt overgegaan, totdat onherroepelijk op het (eventueel) door de geheimhouder zelf in te dienen klaagschrift is beslist.

d. Dient de geheimhouder zelf ook een klaagschrift in, zich daarbij beroepend op zijn verschoningsrecht, dan ontstaat een tweede procedure, die bepalend is voor de definitieve uitkomst van de klacht, die door de derde/niet-geheimhouder is ingediend (de eerste procedure).

e. Dient de geheimhouder binnen deze (korte) periode echter geen klaagschrift in, dan wordt ervan uitgegaan, dat hij geen beroep doet op zijn verschoningsrecht. In dat geval wordt het klaagschrift van die derde, (alleen) voor zover op dat verschoningsrecht gebaseerd,[8] niet -ontvankelijk verklaard.

f. Dient de geheimhouder wél een klaagschrift in, dan zijn er twee mogelijkheden: (i) Indien de rechter onherroepelijk (dus evt. na cassatie) vaststelt, dat de inbeslagname in strijd is met het verschoningsrecht, dan wordt het klaagschrift van de derde (niet-geheimhouder) alsnog gegrond verklaard en is kennisneming niet toegestaan.

(ii) Indien de rechter oordeelt dat het verschoningsrecht zich niet tegen de inbeslagname verzet, dan wordt de derde, onder wie het stuk in beslag was genomen, in zijn klaagschrift voor wat betreft het beroep op het beroepsgeheim niet-ontvankelijk verklaard; over eventuele andere gronden van het beklag dient de RC dan alsnog een beslissing te nemen.

Op nader aan te vullen gronden?

De termijn voor het indienen van een klaagschrift door de geheimhouder is kort: twee weken na betekening van de beslissing van de rechter-commissaris. Of een klaagschrift op nader aan te vullen gronden mogelijk is, is nog onduidelijk. De voortvarendheid waarmee de wetgever een dergelijke procedure wenst te laten verlopen, zou zich daar weleens tegen kunnen verzetten. Het is dus zaak aanstonds na de inbeslagname een standpunt te dien aanzien te bepalen en de gronden voor het beroep op het verschoningsrecht reeds aanstonds te formuleren.

Positie van afgeleid verschoningsgerechtigden, zoals instellingen?

Wat de positie van de instelling, die volgens vaste rechtspraak een afgeleid verschoningsrecht heeft,[9] onder de nieuwe wetgeving is, maakt de Hoge Raad in de uitspraak van 22 oktober 2015 niet duidelijk. Deze geheimhouder heeft namelijk een van de eigenlijke geheimhouder

afgeleid verschoningsrecht en niet een eigen verschoningsrecht.[10] Waar vroeger voor een instelling een eigen verschoningsrecht in de lagere rechtspraak werd aangenomen,[11] maakte de Hoge Raad daaraan in 2004 [12] vrij apodictisch een einde. Dat leidt dan ook tot de volgende vraag: *Moet deze instelling worden beschouwd als een derde, die zelf niet over een verschoningsrecht beschikt, zodat de hiervoor geschetste procedure van toepassing is of moet de instelling worden beschouwd als een verschoningsgerechtigde: weliswaar niet met een eigen, maar een afgeleid recht, maar niettemin wel met een verschoningsrecht?* In dat laatste geval zou deze procedure niet behoeven te worden gevolgd. De Hoge Raad geeft een antwoord op deze vraag in de beschikking van 22 december 2015.[13] Ook in een dergelijk geval dient de door de Hoge Raad geconcipeerde regeling te worden gehanteerd.

Mag de afgeleid verschoningsgerechtigde voldoening aan de vordering uitstellen tot het moment dat de geheimhouder zijn standpunt heeft bepaald?

Als gezegd, is uiteindelijk niet zozeer het standpunt van de afgeleid verschoningsgerechtigde van belang, maar het standpunt van de eigenlijke geheimhouder. Volgens de Hoge Raad [14] betekent dat echter niet dat in een geval, waarin degene van wie uitlevering van stukken en gegevens wordt gevorderd een afgeleid verschoningsrecht heeft, *'pas aan die vordering behoeft te voldoen nadat hij de verschoningsgerechtigde heeft geraadpleegd omtrent de vraag of deze ten aanzien van de uit te leveren stukken en gegevens een beroep doet op zijn verschoningsrecht. In zo een geval dient hij de gevorderde stukken en gegevens uit te leveren. De rechter-commissaris dient de verschoningsgerechtigde vervolgens in staat te stellen zich uit te laten over zijn verschoningsrecht met betrekking tot de stukken en gegevens'*. Klare taal: de instelling moet aan de vordering voldoen; de RC zorgt er wel voor dat de eigenlijke geheimhouder in de procedure wordt betrokken. Kennelijk (en niet helemaal onbegrijpelijk) wil de Hoge Raad de regie op dit punt in handen leggen van de rechter, en niet van de (afgeleid) verschoningsgerechtigde.

Deze nieuwe procedure laat echter onverlet dat, indien geheimhouder en het OM afspraken maken over de wijze waarop aan een bevel uitlevering krachtens artikel 126nd Sv wordt voldaan en de rechter-commissaris daarin bewilligt, de oude procedure wordt gevolgd. Zo kan worden afgeleid uit een beschikking van de Rechtbank Oost-Brabant d.d. 24 juli 2015.

Brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend

Het verschoningsrecht is echter niet van toepassing op *alle* onder de geheimhouder rustende stukken. Zo vallen allereerst brieven of geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken, of tot het begaan daarvan hebben gediend (zoals onder meer conceptversies van

valse documenten) niet onder het verschoningsrecht. Deze stukken mogen [15] dus wél zonder toestemming van de geheimhouder in beslag worden genomen; deze documenten zijn namelijk geen object van het verschoningsrecht. Ook hier is echter weer in beginsel het standpunt van de geheimhouder bepalend. Als de geheimhouder stelt dat de brieven of geschriften géén voorwerp van het strafbare feit uitmaken en ook niet tot het begaan daarvan hebben gediend, moet dit standpunt worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.[16] Dit oordeel is op 26 januari 2016 [17] ook nog eens door de Hoge Raad herhaald.

Welke stukken vallen nog meer (niet) onder het verschoningsrecht?

Verder vallen vanzelfsprekend niet alle onder de geheimhouder rustende stukken onder het verschoningsrecht. Het verschoningsrecht strekt zich namelijk (slechts) uit tot hetgeen waarvan de wetenschap aan de geheimhouder als zodanig is toevertrouwd. Het gaat daarbij om de wetenschap die een verschoningsgerechtigde heeft verkregen in de uitoefening van zijn beroep, waarvoor hij het verschoningsrecht heeft.[18] Het enkele feit dat een geheimhouder in de e-mailwisseling is ingekopieerd ('ge-cc'd) betekent niet dat 'reeds daarom' de inhoud van dat bericht kan worden aangemerkt als wetenschap die aan de geheimhouder in het kader van zijn dienstverlening is toevertrouwd en daarmee onder het bereik van het verschoningsrecht wordt gebracht.[19] Hiermee verschaft de Hoge Raad duidelijkheid ten aanzien van door het OM eerder in diverse perspublicaties geuite grieven, dat advocaten of notarissen soms uitsluitend in de correspondentie zouden worden betrokken, om daarmee bepaalde gevoelige stukken onder de geheimhouding te brengen. Dat werkt dus niet (en terecht). Althans – de uitspraak van de Hoge Raad van 26 januari 2016 goed lezend – wordt duidelijk dat het enkele feit dat een e-mailbericht aan een geheimhouder is ge-cc'd, niet zonder meer tot een geslaagd beroep op het verschoningsrecht leidt. Dat betekent echter niet dat elk cc-bericht buiten het verschoningsrecht valt. Ook in een dergelijk geval zal steeds moeten worden beoordeeld of sprake is van gegevens die aan de geheimhouder in het kader van diens dienstverlening zijn toevertrouwd. Is daarvan sprake, dan kan een cc-bericht wel degelijk onder het beroepsgeheim vallen; is geen sprake van een dienstverlening door een geheimhouder, of wordt het gegeven niet in het kader van die dienstverlening toevertrouwd, dan maakt een cc-bericht aan een geheimhouder dat niet anders.

Slot

Het beroepsgeheim/verschoningsrecht is geen rustig bezit. Van geheimhouders mag worden verwacht dat zij zorgvuldig met het verschoningsrecht omgaan. Door de grenzen van het verschoningsrecht op te zoeken en het beroepsgeheim te ver op te rekken, kan uiteindelijk het verschoningsrecht worden uitgehold. Anderzijds riskeert de geheimhouder, door het

verschoningsrecht te beperkt uit te leggen en geen beroep te doen op het beroepsgeheim in gevallen die zich daarvoor wel lenen, weer (tuchtrechtelijke) aansprakelijkheid. Het blijft dus oppassen. Maar geldt dat eigenlijk niet voor het hele leven?

Eindnoten

[1] Maar wat snel is, is natuurlijk altijd een kwestie van perspectief – deze procedure kan ook nog 148 dagen duren.

[2] HR 22 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2783.

[3] Onder meer HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

[4] HR 22 december 2015, GZR 2016-0045 en HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

[5] HR 14 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX4284.

[6] Rechtbank Oost-Brabant 2 oktober 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:5650.

[7] HR 29 maart 1994, *NJ* 1994/552 en laatstelijk HR 22 december 2015, GZR 2016-0045.

[8] Immers, een beroep op het verschoningsrecht is slechts een van de gronden, waarop tegen inbeslagname van stukken beklag mogelijk is.

[9] Onder meer HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2012:BP6144; HR 12 februari 2012, *NJ* 2012/537.

[10] Bepalend voor dat afgeleide recht is het standpunt van de (eigenlijke) geheimhouder. Het samenwerkingsverband, waartoe de eigenlijke geheimhouder behoort, heeft volgens de Hoge Raad HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273 en recent ook nog de Rechtbank Oost-Brabant Rechtbank (6 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:731) niet een eigen verschoningsrecht.

[11] Onder meer Rechtbank Amsterdam 9 augustus 1996, *TVGR* 1997/46 en Rechtbank Zwolle 4 december 1998, *TVGR* 1999/20.

[12] HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

[13] HR 22 december 2015, GZR 2016-0045.

[14] HR 22 december 2015, GZR 2016-0045.

[15] Artikel 98 lid 5 Sv.

[16] HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162.

[17] HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

[18] Onder meer HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, nog eens bevestigd in HR 26 januari 2016.

[19] HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.