

Naschrift bij de reactie van mr. J. Winkels

Mr. P.H.M. Broere

Onlangs besprak ik in dit tijdschrift de beschikking van de Hoge Raad in de SNS-enquête over de werking van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht in de enquêteprocedure.¹ Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de reactie van Winkels, waarbij ik in dit naschrift enkele kanttekeningen plaats.

Winkels wijst er terecht op dat ook reeds voor de SNS-beschikking van de Hoge Raad werd aangenomen dat aan het functioneel verschoningsrecht betekenis toekomt in de enquêteprocedure. Anders heb ik ook niet willen betogen, nu de Hoge Raad het functioneel verschoningsrecht in Notaris Maas² reeds aanmerkte als algemeen rechtsbeginsel, dat slechts zijn werking verliest indien uit een wettelijke regeling of de bijbehorende wetsgeschiedenis de strekking blijkt om het functioneel verschoningsrecht bij de toepassing van die regeling buiten werking te stellen, en van een dergelijke strekking niet blijkt in het enquêterecht. In mijn bijdrage heb ik ook indicaties dat het functioneel verschoningsrecht van toepassing is in de enquêteprocedure van voor de SNS-beschikking weergegeven, die ik hier niet zal herhalen.³ Ik erken het belang van het weigeringsrecht ook, maar waar het om gaat, is in welke mate toepassing daarvan in het enquêterecht gewenst is, gezien de mogelijke nadelen daarvan voor de waarheidsvinding.

Volgens Winkels zou ik in mijn bijdrage hebben signaleerd dat rechtspersonen zich in de praktijk met enige regelmaat op geprivilegieerde stukken willen beroepen ter rechtvaardiging van bepaald handelen. Dat klopt niet.⁴ Als eenvoudige wetenschapper heb ik ook geen overzicht van hoe vaak rechtspersonen zich in enquêteprocedures beroepen op geprivilegieerde stukken.

Dat neemt niet weg dat de mogelijkheid bestaat dat de geënquêteerde rechtspersoon met een beroep op het weigeringsrecht een eigen procesrechtelijk belang kan nastreven. Volgens Winkels zijn het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht er ook ter bescherming van dit eigen procesrechtelijk belang. Winkels werpt mij

voor de voeten te weinig te hebben stilgestaan bij het belang, de grondslag en de reikwijdte van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht, maar miskent zelf dat de Hoge Raad de grondslag van het functioneel verschoningsrecht niet zoekt in het individuele belang van de hulpzoekende cliënt.⁵ De grondslag van het functioneel verschoningsrecht vormt het in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij notarissen en advocaten het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.⁶ De rechtspersoon kan zich wel verschuilen achter het weigeringsrecht om onoorbaar handelen af te dekken, en daarmee een eigen procesrechtelijk belang nastreven, maar dat is een gevolg van de toekenning van het functioneel verschoningsrecht aan notarissen en advocaten en het weigeringsrecht aan de rechtspersoon, niet het belang dat daarmee wordt gediend.⁷ Het is, anders dan Winkels kennelijk meent, niet legitiem om het weigeringsrecht in te zetten teneinde zaken die het daglicht niet kunnen verdragen, verborgen te houden voor de onderzoeker en Ondernemingskamer (OK). We moeten denk ik de ogen niet sluiten voor de mogelijkheid dat de geënquêteerde rechtspersoon zich om dubieuze redenen beroept op het weigeringsrecht.

Winkels keert zich tegen de drie door mij aangereikte oplossingsrichtingen om te ontkomen aan de gevolgen van een beroep van de rechtspersoon op het weigeringsrecht: (1) de gebruikmaking van een bij onmiddellijke voorziening benoemde OK-functionaris die exclusief oordeelt over beroepen op het weigeringsrecht, (2) de toekenning van een inhoudelijke toetsingsbevoegdheid aan de raadsheer-commissaris bij de beoordeling van een beroep op het weigeringsrecht en (3) de buitentoepassingverklaring van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht in de enquêteprocedure.

Winkels noemt die voorstellen ‘onwenselijk, maar overigens ook in strijd met het geldende recht en reeds daarom niet aanvaardbaar’.⁸ In mijn bijdrage heb ik echter tot uitdrukking gebracht dat slechts de eerstgenoemde oplossingsrichting mogelijk is binnen het geldend (enquête)recht. De andere oplossingsrichtingen vergen volgens mij een koerswijziging van de Hoge Raad respectievelijk ingrijpen van de wetgever.⁹ De reactie van Winkels gaat in zoverre uit van een onjuist uitgangspunt.

Gelukkig is er meer kritiek op voornoemde oplossingsrichtingen. Winkels stelt dat de eerste oplossingsrichting in strijd is met geldend recht, nu reeds een – ontoelaatbare, zo veronderstel ik – schending van het weigeringsrecht ontstaat wanneer een OK-functionaris kennis

zou nemen van (beweerdelijk) geprivilegieerde documenten. Ik betwijfel sterk of dat klopt, maar in ieder geval gaat die stelling voorbij aan het feit dat ook het weigeringsrecht, dat wortelt in een algemeen rechtsbeginsel, niet absoluut is en onder omstandigheden moet kunnen wijken ten behoeve van de waarheidsvinding. Daar komt bij dat de OK ruime mogelijkheden toekomt bij het treffen van onmiddellijke voorzieningen. De eerste oplossingsrichting acht ik naar geldend recht dan ook mogelijk. Bovendien lijkt een OK-functionaris¹⁰ beter dan de functionarissen van de geënquêteerde rechtspersoon in staat te beoordelen of het belang van de rechtspersoon gediend is met een beroep op het weigeringsrecht, zo schreef ik eerder,¹¹ en zal de OK ook niet licht een dergelijke onmiddellijke voorziening treffen.

De tweede oplossingsrichting – de toekenning van een inhoudelijke toetsingsbevoegdheid aan de raadsheer-commissaris – kan evenmin op Winkels' instemming rekenen. Omdat die oplossingsrichting een koerswijziging van de Hoge Raad vraagt, en de Hoge Raad de mogelijkheid daartoe op aangeven van Timmerman in SNS niet heeft aangegrepen, acht ik met Winkels de kans op een dergelijke koerswijziging (op korte termijn) niet groot. Dat is echter geen overtuigend argument om die oplossingsrichting af te serveren. Winkels' argumentatie tegen deze tweede oplossingsrichting is moeilijk te volgen. Winkels lijkt te betogen dat de belangenafweging van de rechtspersoon om zich al dan niet op het weigeringsrecht te beroepen een wezenskenmerk van datzelfde weigeringsrecht vormt.¹² 'Zonder die garantie kunnen rechtspersonen niet meer vertrouwen op de bescherming van geprivilegieerde gegevens', zo schrijft zij.¹³ Winkels lijkt hiermee in het geheel geen ruimte te zien voor toetsing van een beroep op het weigeringsrecht. Dit is echter in strijd met het oordeel van de Hoge Raad in SNS. Bovendien wordt daarmee niet duidelijk waarom een meer inhoudelijke toetsingsmogelijkheid voor de raadsheer-commissaris dan moet worden afgewezen.

De derde oplossingsrichting – de buitentoepassingverklaring van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht in de enquêteprocedure – vormt het uiterste van een vrije gedachtevorming om aan de gevolgen van een beroep van de rechtspersoon op het weigeringsrecht te ontkomen. Winkels benadrukt dat het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht beschermen tegen kennisneming van geprivilegieerde gegevens door eenieder, ook tegen kennisneming door de onderzoeker of OK. Ik twijfel daar niet aan, maar de kern van deze oplossingsrichting is nu juist de afschaffing van het functioneel verschoningsrecht en weigeringsrecht in de enquêteprocedure. Dat is denkbaar in het enquêterecht, omdat openbaarmaking van het aan de verschoningsgerechtigde toevertrouwde dan slechts plaats hoeft te vinden in de beslotenheid van het enquêterecht. Ook daar ziet Winkels kennelijk niets in, nu de voor de onderzoeker en OK geldende (en bij niet-naleving

strafrechtelijk gesanctioneerde) geheimhoudingsverplichting volgens haar ‘uiteraard geen waarborg’ vormt.¹⁴ Dit getuigt van wel erg weinig vertrouwen in onafhankelijke, eerlijke rechtspraak.

Problematisch aan de toekenning van een weigeringsrecht aan de geënquêteerde rechtspersoon is mijns inziens dat verschoningsgerechtigde informatie voor de onderzoeker verborgen kan blijven. Dat botst met de aan de onderzoeker toekomende onderzoeksbevoegdheden, en kan de doeltreffendheid van het onderzoek in de enquêteprocedure stevig onder druk zetten. Voornoemde drie oplossingsrichtingen komen daar in meer of mindere mate aan tegemoet. De door Winkels daartegen aangevoerde bezwaren overtuigen mij onvoldoende om daarvan terug te komen.

Noten

1 P.H.M. Broere, Verstopperij in het enquêterecht, MvO 2020, afl. 5/6, p. 179-187; HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, JOR 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos (SNS).

2 HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173 m.nt. W.L. Haardt (onder NJ 1986/176) (Notaris Maas), r.o. 3.1.

3 Broere 2020, par. 41, met verwijzingen.

4 Broere 2020, par. 5.

5 Overigens is wel betoogd dat de Hoge Raad de grondslag van het functioneel verschoningsrecht mede dient te zoeken in dit individuele belang, zie Broere 2020, par. 6.2, met verwijzingen.

6 Broere 2020, par. 2.11, met verwijzingen.

7 Tegen deze achtergrond heb ik ook gewezen op de mogelijkheid van toerusting van de raadsheer-commissaris met een inhoudelijke toetsingsbevoegdheid bij de beoordeling van een beroep op het weigeringsrecht, zie Broere 2020, par. 6.2.

8 J. Winkels, Reactie op ‘Verstopperij in het enquêterecht’ van mr. P.H.M. Broere, MvO 2020, afl. 8/9, par. 5.

9 Broere 2020, par. 6.

10 Niet de onderzoeker, zoals Winkels 2020, par. 4 ten onrechte schrijft.

11 Broere 2020, par. 6.1.

12 Mogelijk schuilt hierin ook een nadere verklaring van de door Winkels tegen de eerste oplossingsrichting aangevoerde bezwaren.

13 Winkels 2020, par. 4.

14 Winkels 2020, par. 4, die hier een wat onduidelijke parallel trekt met de voor politie en justitie geldende geheimhoudingsverplichting.