



Annotatie bij Hoge Raad 7 maart 2014, *NJ*, 2014-40, nr. 379, p. 4816-4818.

E.J. Dommering

1. Deze zaak vindt zijn grondslag in een opinie die de *NJB*-redacteur Wattel, die tevens advocaat-generaal bij de Hoge Raad is, op 10 augustus 2012 onder de titel 'Punitive psychiatry-punitive taxation' in het *NJB* heeft geschreven tegen de 'onteigeningen' in Rusland waarbij Putin het olie imperium Yukos Oil van Khodorkovsky ontmantelde. Hij deed dat door enorme belastingaanslagen aan Yukos Oil op te leggen, door Wattel gekarakteriseerd als 'punitive taxation'. De opinie (de hele tekst is in de hierbij gepubliceerde beslissing van de Hoge Raad opgenomen) grijpt het geval van Yukos Oil aan om het misbruik van het fiscale instrumentarium in Rusland, maar ook in China aan de kaak te stellen (waar de kunstenaar Ai Weiwei werd getolereerd, maar fiscaal zwaar werd aangepakt). De strekking van de opinie is dat de geheime repressie van de psychiatrische inrichting waar dissidenten 'ter behandeling' werden opgesloten heeft plaats gemaakt voor zichtbare vormen van repressie met 'legale' middelen. Ruwweg een derde van de opinie gaat over hoe het onder Beria, Chroetsjov en Andropov toeging ('psychiatrische inrichtingen'), een derde over hoe Putin het nu aanpakt (Pussy Riot en Yukos Oil) en iets minder dan een derde over hoe Ai Weiwei in China in het nauw wordt gedreven. Het artikel is voor de Nederlandse advocaat van Yukos Oil Finance, een dochteronderneming van Yukos Oil, aanleiding een klacht bij de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad in te dienen, omdat in Nederland verschillende procedures aanhangig zijn waarin de vraag naar de rechtsgeldigheid van het optreden van de Russische overheid tegen Yukos Oil aan de orde is. Deze klacht wordt ondersteund door een tussenkomende partij in deze procedure, OOO Promnefstroy. In die procedures spelen ook een rol de twee arresten die het EHRM naar aanleiding van procedures tegen Yukos en Khodorkovsky heeft gewezen, namelijk EHRM 31 mei 2011, appl. 5829/04 (*Khodorkovsky vs Russia*) en EHRM 20 september 2011, appl. 14902/04 (*OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos vs Russia*). In de eerste zaak werd een deel van de klachten onder artikel 3 en 5 EVRM toegewezen, een deel afgewezen. In de tweede zaak werd een deel van de klachten onder artikel 6 EVRM en artikel 1 van het Eerste Protocol afgewezen, een deel toegewezen. Beide arresten worden door Wattel in de noten 1 en 2 bij de opinie genoemd. Over de in Nederland ten tijde van het publiceren van de opinie lopende procedures is minder duidelijkheid. Centraal staat in ieder geval de procedure bij het Hof Amsterdam, waarin een tussenarrest van 19 oktober 2010 is gepubliceerd (*JOR* 2011/27, m.nt. P.M. Veder) in de zaak tussen de curator van Yukos Oil en Yukos Finance en de tussenkomende partij Promnefstroy waarin voor recht wordt verklaard dat die partij geen eigenaar is geworden van de aandelen van Yukos Finance, maar het Hof verdere beslissingen aanhoudt in afwachting van de uit Straatsburg te verwachten uitspraken. Een cassatieberoep tegen het tussenarrest (HR 29 juni 2012, *NJ* 2012/424, en het eindarrest in deze zaak: HR 13 september 2013, *RvdW* 2013/1062) is niet-ontvankelijk verklaard. Wat de status van de procedure bij het Hof was ten tijde van het behandelen van de klacht en daarna, heb ik uit de mij ter beschikking staande stukken niet kunnen opmaken. Je vraagt je af hoe Wattel (die onweersproken in de procedure heeft gesteld dat hij van niets wist) dat allemaal had moeten weten.
2. De kwestie raakt de fundamentele vraag in hoeverre leden van de rechterlijke macht grotere beperkingen op hun vrijheid van meningsuiting moeten accepteren omdat de

rechterlijke macht in de trias politica geheel onafhankelijk moet zijn van de politiek (bestuur en wetgeving). De rechter is zeker beperkt in zijn vrijheid in en buiten de zitting in verband met de behandeling van een zaak. De regels dat de rechtspraak onafhankelijk en onpartijdig moet zijn, neergelegd in artikel 6 van het EVRM en uitgewerkt in wrakingsregels, beogen dat te waarborgen. Een lid van de rechterlijke macht heeft echter meningen en overtuigingen, zoals iedere burger in de democratie, misschien nog wel meer dan een gewone burger omdat de opvattingen die hij of zij over een rechtvaardige samenleving heeft een belangrijke rol hebben gespeeld om voor het ambt te kiezen. Politieke overtuigingen en juridische oordelen staan niet los van elkaar. Wij weten dat de conservatieve leden van het Amerikaanse Hooggerechtshof anders over de uitleg van de Amerikaanse Constitutie denken dan progressieve. Juridische oordelen zijn echter niet op één lijn te stellen met politieke omdat zij politieke beslissingen als uitgangspunt nemen en door middel van uitlegeregels en geobjectiveerde beginselen in het concrete geval tot een oordeel komen. Toch kan een persoonlijke overtuiging bij de uitleg van een open norm of vaststelling van de inhoud van een grondrecht verschil maken.

3. De klacht is gebaseerd op artikel 13a RO waarin staat dat iemand zich bij de Procureur-Generaal van de Hoge Raad kan beklagen 'over de wijze waarop een ambtenaar die met rechtspraak is belast zich in de uitoefening van zijn functie jegens hem heeft gedragen'. Artikel 120 lid 4 RO verklaart die regel ook van toepassing op leden van het parket van de Hoge Raad. De klachtprocedure is een niet openbare raadkamerprocedure en mondt uit in een gemotiveerd schriftelijk oordeel of de betrokken ambtenaar zich 'al dan niet behoorlijk heeft gedragen' (artikel 13 f RO). Zij dateert van de instelling van de Nationale ombudsman in 1981, maar deze ombudsfunctie is om redenen van onafhankelijkheid van de rechter aan de Hoge Raad opgedragen (zie J. W. Fokkens en S. v.d. Oever, 'Extern klachtrecht zittende magistratuur: de ombudsregeling', in: C.A. Joustra, R.J.Q. Klomp & P.G. Wiewel (*red.*), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007 (Prinsengrachtreeks 2007/2), p. 79-93).

Er bestaat een Gedragscode Rechtspraak die door de Nederlandse Vereniging van Rechtspraak (NVvR) is opgesteld, die beoogt de kernwaarden van de rechtspraak in een democratische samenleving vast te leggen: onafhankelijkheid, onpartijdigheid, autonomie, integriteit en deskundigheid. Dit mondt uit in artikel 2.4.5 van die Code (in extenso geciteerd in overweging 4.2 van de beschikking) dat het een en ander zegt over het door leden van de Rechterlijke Macht uiten van meningen in het openbaar. Dan is er ook nog een door de Raad van de Rechtspraak opgestelde Gedragscode Rechtspraak (geldend voor iedereen werkzaam in de rechtspraak en bij de Raad), die in artikel 7 bepaalt: 'Medewerkers van de Rechtspraak realiseren zich dat privégedrag en het publiekelijk uiten van privé meningen het vertrouwen in de Rechtspraak kunnen schaden.' Al deze regels zijn bedoeld voor interne klachtprocedures bij de gerechten (zie daarover meer in boven aangehaalde bundel). De Hoge Raad hanteert de benadering dat de externe klachtenregeling (de 'ombudsregeling') materieel zoveel mogelijk gelijk moet lopen met de interne. De Hoge Raad stelt in overweging 5.3 in deze zaak de inhoud van de materiële norm dan ook vast aan de hand van deze groepsregels (zie over de relatie 'intern' en 'extern' de vordering van Procureur-Generaal Fokkens in deze zaak).

4. De klagers vonden dat de opinie in *NJB* het verloop van de aanhangige procedures zou hebben beïnvloed/kunnen beïnvloeden, temeer daar ze met Wattel van mening verschilden over de betekenis van de geciteerde uitspraken van het EHRM. De Procureur-Generaal stelde een klachtcommissie in bestaande uit het oud-lid van de Hoge Raad W.D.H. Asser, D. J. van Dijk: de oud-president van het Gerechtshof te Arnhem en P. van Dijk: de oud-Staatsraad, onder meer mede-auteur van het handboek over het

EHRM. Deze commissie vond de klacht gegrond, omdat ze de uitlatingen als ‘onwenselijk’ betitelt. Dat is zo omdat zij opinies bevatten over zaken waarin de Hoge Raad mogelijk nog in een later stadium betrokken kan raken en die daarom een gerechtvaardigde reden van twijfel aan de onpartijdigheid van de Hoge Raad zouden kunnen vormen. De Procureur-Generaal is het met dit oordeel niet eens en legt de zaak ambtshalve aan de Hoge Raad voor, die de klacht ongegrond acht.

De klagers vonden dat de opinie in *NJB* het verloop van de aanhangige procedures zou hebben beïnvloed/kunnen beïnvloeden, temeer daar ze met Wattel van mening verschilden over de betekenis van de geciteerde uitspraken van het EHRM. De Procureur-Generaal stelde een klachtcommissie in bestaande uit het oud-lid van de Hoge Raad W.D.H. Asser, D. J. van Dijk: de oud-president van het Gerechtshof te Arnhem en P. van Dijk: de oud-Staatsraad, onder meer mede-auteur van het handboek over het EHRM. Deze commissie vond de klacht gegrond, omdat ze de uitlatingen als ‘onwenselijk’ betitelt. Dat is zo omdat zij opinies bevatten over zaken waarin de Hoge Raad mogelijk nog in een later stadium betrokken kan raken en die daarom een gerechtvaardigde reden van twijfel aan de onpartijdigheid van de Hoge Raad zouden kunnen vormen. De Procureur-Generaal is het met dit oordeel niet eens en legt de zaak ambtshalve aan de Hoge Raad voor, die de klacht ongegrond acht.

5. De uitspraak van de HR geeft, eerdere jurisprudentie volgend, een bijzonder ruime (eigenlijk onbegrensde) uitleg aan het handelen in de uitoefening van zijn functie, zeker onbegrensd als het betrekking heeft op een meningsuiting. De Hoge Raad formuleert als norm in 5.2: ‘maar die redelijkerwijs wel met de functie in voldoende verband staan om als behorende tot de uitoefening van de functie te kunnen worden aangemerkt’. Vervolgens past hij die norm in 5.3. toe op dit geval. Daar vind ik als criteria: *NJB* is een gerenommeerd juridisch vakblad, het lezerspubliek zal de hoedanigheid van Wattel kennen en de gedane uitingen zijn voor een deel van juridische aard en hebben onmiskenbaar een publiek karakter. Is de situatie anders als het gaat om een opiniepagina van een algemeen dag- of weekblad en als de opinie niet overwegend van juridische aard is? Het lijkt mij nauwelijks denkbaar, zelfs als er onder de opinie staat dat het de privé opinie van de schrijver betreft, waarvan iedereen de functie kent. Het EHRM accepteert in het kader van de toepassing van artikel 10 EVRM op basis van de ‘duties and responsibilities’ in het tweede lid functionele beperkingen van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren, met name als het gaat om politieke uitingen (zie daarover de bijdragen van Lord Neuberger en Paul Mahony in: Josep Casadevall e.a. red, *Freedom of Expression, Essays in honor of Nicolas Bratza*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 201 en 257). Ik zou bij de omvang van de functionele beperking bij vrijheid van meningsuiting van rechters de beperkingensystematiek van artikel 10 willen betrekken. Het relevante beperkingsdoel van artikel 10 lid 2 is in dit geval het belang van het beschermen van ‘het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht’. Had dit dan niet het criterium moeten zijn om de functionaliteit van de openbare mening van de rechterlijke ambtenaar te beoordelen? Het is niet onbelangrijk, want als die grens er niet is staat de rechterlijke ambtenaar bij het doen van een uitlating in het openbaar permanent bloot aan de vage beperking van artikel 13a ‘de wijze waarop de rechterlijk ambtenaar zich jegens iemand gedraagt,’ zoals nader ingevuld door de hiervoor vermelde gedragsregels.
6. Hoewel de beperkingen voortvloeien uit de functie, zullen ook die, naar het mij voorkomt, ‘prescribed by law’ moeten zijn. De norm van artikel 13a RO is vaag, want omvat iedere gedraging, maar bevat één belangrijke beperking namelijk dat het om een gedraging ‘jegens de klager’ moet gaan, wat een concreet verband tussen uiting en de klager veronderstelt in termen van intentie van de meningsuiting en gevolgen daarvan

voor de klager. Mijns inziens was het echter niet alleen een processuele vraag of er belang bij de klacht was, maar ook een materiële vraag over de reikwijdte van de norm, welke vraag de Hoge Raad in de beschikking niet behandelt. Artikel 7 van de Code Rechtspraak is een gewetensnorm ('de rechter realiseert zich'). De integriteitsnorm van artikel 2.4.5. is eigenlijk het best uitgewerkt en bevat de beperking dat de rechter 'zich in ieder geval niet uitsprekt over zaken waarover nog een rechterlijke beslissing moet worden gegeven. De rechter treedt voorts anders dan als persrechter en in wetenschappelijke publicaties alleen bij uitzondering in zijn functie naar buiten.' De beperking die in de eerste regel is gegeven is dat er een verband moet zijn met *een zaak* waar de rechterlijke macht zich mogelijk nog over kan uitspreken, en niet met *een onderwerp* waarvoor dat het geval zou kunnen zijn. Verder heeft de beperking betrekking op het naar buiten treden *in functie*.

7. Naar mijn mening geldt voor uit de functie voortvloeiende utingsbeperkingen ook de eis dat deze *noodzakelijk* moeten zijn, en dat is dus een scherpere eis dan de door de Klachtcommissie toegepaste norm of het 'wenselijk' is. 'Wenselijk' vind ik een puur ethische norm, zoals artikel 7 van de Code Rechtspraak. Het betekent dat de rechter dus een hogere voorzichtigheidsmarge in acht neemt dan iemand uit het gewone publiek (daarover gaat ook de geciteerde bijdrage van Lord Neuberger in boven geciteerde bundel). Impliciet past de Hoge Raad in de overwegingen 6.5 en 6.6 de noodzakelijkheidstest wel toe, maar in mijn ogen toch onvoldoende scherp, omdat een analyse van de strekking van de opinie als geheel ontbreekt, een eis die het EHRM steeds bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de uiting stelt. De opinie (zie hierboven onder 1) ging over verschuiving van geheime middelen van repressie in Rusland en China, naar het gebruik van fiscale instrumenten voor repressiedoeleinden: een onderwerp dus en niet een zaak (die Wattel niet kende).
8. Met het resultaat van de beslissing kan ik het eens zijn, maar ik recapituleer mijn bezwaren tegen de weg daar naar toe. Ik vind de uitleg van het begrip 'uitoefening van zijn functie', zo ruim dat ik eigenlijk geen beperking zie. Ik zou zoiets voor een puur ethische norm kunnen accepteren, maar niet als een aanknopingspunt voor een bij wet op te leggen beperking aan een meningsuiting. Dat zou immers betekenen (en betekent het in feite door deze uitspraak) dat iemand die bij de rechterlijke macht werkt permanent een zwaard van Damocles boven zijn hoofd heeft hangen als hij of zij in het openbaar iets van iets vindt. Er moet mijns inziens een duidelijker verband met de functie zijn. Ik vind voorts dat de uitleg van de normen waarop de beperking is gebaseerd duidelijker had kunnen zijn door een concreet verband tussen de klager en de uiting aan te brengen. Door de taalkundige betekenis van 'een gedraging jegens de klager' in artikel 13a RO los te laten, krijgt deze bepaling het karakter van een *actio popularis*, wat juist bij openbare uitingen erg 'chilling' kan zijn, omdat er altijd wel een groep in het publiek is te vinden die door een uiting gekwetst wordt. Ten slotte vind ik de uitleg van de gedragsnorm 2.4.5 weinig precies in combinatie met het ontbreken van een analyse van de opinie als geheel: het ging in de opinie over een *onderwerp* en niet over een *zaak*.
9. Een laatste opmerking: waarom is de zitting waar de klacht wordt behandeld niet openbaar? Het gaat toch om het openbaar functioneren van een lid van de rechterlijke macht? De discussie of dat al dan niet behoorlijk is geweest is dus ook een openbare aangelegenheid. Dit wordt niet gecompenseerd door het feit dat de uitspraak openbaar is.