



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat

*Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief*

Fanoy, N.A.M.E.C.

#### Publication date

2017

#### Document Version

Other version

#### License

Other

[Link to publication](#)

#### Citation for published version (APA):

Fanoy, N. A. M. E. C. (2017). *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat: Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief*.

#### General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

# Vergelijking

## 8.1 Inleiding

In mijn onderzoek heb ik mij gericht op de toepassing van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de Nederlandse rechtsorde. In Nederland wordt de vertrouwelijkheid in de relatie advocaat-client gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en, in het verlengde daarvan, het verschoningsrecht. Het doel van mijn onderzoek is om de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht te evalueren. Daartoe heb ik onder meer het huidige Nederlandse recht in kaart gebracht. De rechtssystemen van Frankrijk en Engeland heb ik onderzocht ter inspiratie voor het aandragen van eventuele andere oplossingen voor mogelijke verbeterpunten in de Nederlandse regeling. In dit hoofdstuk vergelijk ik de toepassing van het beginsel van vertrouwelijkheid in Nederland, Frankrijk en Engeland aan de hand van de volgende aspecten.

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk vergelijk ik eerst kort de rol van de advocaat, zijn specifieke kenmerken en de beroepsuitoefening van de advocaat, omdat het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt is gekoppeld aan deze aspecten (par. 8.2). Vervolgens vergelijk ik in par. 8.3 de grondslag en functie van het beginsel van vertrouwelijkheid van de advocaat, die ik voor de drie rechtstelsels in hoofdstuk 3 heb geanalyseerd.

Ik heb in de hoofdstukken 5, 6 en 7 de respectievelijk in Nederland, Frankrijk en Engeland geldende hoofdregels inzake het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt en de daarop aanvaarde uitzonderingen en/of beperkingen beschreven en geanalyseerd. De hoofdregels vergelijk ik in par. 8.4 en 8.5. Daarbij ga ik eerst in op de overeenkomsten en eventuele verschillen tussen de wezenskenmerken van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de drie landen (8.4). In par. 8.5 vergelijk ik in grote lijnen de hoofdregels inzake de omvang en de reikwijdte van de bescherming van vertrouwelijkheid. Ten aanzien van het Nederlandse recht heb ik in par. 5.10 een aantal knelpunten en verbeterpunten

gesignaleerd. De nadruk zal in par. 8.6 liggen op de vergelijking van de in Frankrijk en Engeland gekozen oplossingen met de wijze waarop in Nederland wordt omgegaan met deze gesignaleerde knelpunten. In par. 8.7 volgt een conclusie.

## 8.2 Advocaat in Nederland, Frankrijk en Engeland; rol advocaat, kernwaarden en beroepsuitoefening

### 8.2.1 *Rol advocaat in de rechtsbedeling; eisen aan advocaat en beroepsuitoefening*

De advocaat vervult in de drie landen een overeenkomstige centrale rol in de rechtsbedeling en in de effectuering van rechten van rechtzoekenden die zich tot hem wenden. De advocaat vervult hiermee een belangrijke maatschappelijke taak. De advocaat heeft als kerntaak de rechtspositie van zijn cliënt te waarborgen onder meer om aldus de onbelemmerde toegang tot de rechtsbedeling en tot de rechter te verzekeren en doet dit in Nederland, Frankrijk en Engeland zowel door het geven van juridisch advies als door het vertegenwoordigen en bijstaan van cliënten in juridische procedures en conflicten.

Een verschil tussen Frankrijk enerzijds en Nederland en Engeland anderzijds is dat in Frankrijk in de 20ste eeuw de taak van de advocaat lange tijd met name was gericht op geschilbeslechting en de verdediging van cliënten in strafprocedures. Het verlenen van juridisch advies en het redigeren van overeenkomsten ging pas na het samengaan met de beroepsgroep van juridisch adviseurs in 1990 behoren tot het werkteerterrein van de advocaat. Een verschil tussen Engeland enerzijds en Nederland en Frankrijk anderzijds is dat Engeland historisch een tweedeling in de advocatuur kent: de *solicitor* en de *barrister*. Tot ver in de 20ste eeuw hadden de *barristers* het procesmonopolie bij de hogere gerechten en werden zij met name geassocieerd met de rechtszaal. *Solicitors* waren vroeger meer algemeen juridische adviseurs, die rechtstreekse contacten met de cliënt onderhielden en zodra specifieke deskundigheid was vereist of moest worden geprocedeerd een *barrister* inschakelden. Tegenwoordig is dat beeld genuanceerder, mede als gevolg van het feit dat zowel *solicitors* als *barristers* sinds de Access to Justice Act 'the right of audience' hebben en geacht worden bij alle gerechten te kunnen optreden. *Solicitors* hebben meer specifiek de taak om cliënten van gedegen juridisch advies en bijstand te voorzien en hen ook in rechte te vertegenwoordigen. *Barristers* verlenen specialistisch juridisch advies en vertegenwoordigen cliënten bij de hogere gerechten.

Om zijn kerntaak goed te kunnen vervullen worden aan de advocaat in Nederland, Frankrijk en Engeland bepaalde eisen gesteld en moet de advocaat en zijn

beroepsuitoefening aan een aantal specifieke kenmerken voldoen. Deze eisen zijn in de drie landen vastgelegd in de wet en in beroeps- en gedragsregels. In de drie rechtsstelsels zijn er wettelijke bepalingen die de rol van de advocaat in de rechtsbedeling en in de rechtspleging bevestigen. In Frankrijk is in de wet opgenomen dat de advocaat een *auxiliaire de justice* is: hij draagt bij aan de rechtsbedeling door het adviseren, bijstaan en vertegenwoordigen van rechtzoekenden. Ook is in de wet opgenomen dat het beroep van advocaat in Frankrijk een vrij en onafhankelijk beroep is. In Engeland is wettelijk vastgelegd dat de *solicitor* een *officer of the court* is. Een *barrister* is formeel geen *officer of the court*, maar heeft op grond van de wet dezelfde verplichtingen jegens de rechtspleging. Dat houdt onder meer in, dat de advocaat (*solicitor* en *barrister*) de rechter niet mag misleiden, dat van de advocaat redelijke inspanningen worden verlangd om de rechter voor te lichten over relevante uitspraken en wetgeving en dat de advocaat moet voorkomen dat zijn onafhankelijkheid in gevaar komt. In Nederland bepaalt de wet dat de advocaat in het belang van een goede rechtsbedeling zorg draagt voor de rechtsbescherming van zijn cliënt.

In de drie landen worden eisen gesteld aan de deskundigheid van de advocaat en zijn er toelatingseisen, opleidingsvereisten en ervaringseisen. Er wordt gereguleerd toezicht gehouden en er is gedrags- en tuchtrecht om de kwaliteit van de beroepsuitoefening te bewaken. In Engeland staat de *solicitor*, anders dan advocaten in Nederland en Frankrijk, ook onder rechterlijk toezicht.

### 8.2.2 *Kernwaarden*

Daarnaast gelden er in de Nederland, Frankrijk en Engeland beginselen, ofwel kernwaarden, die noodzakelijk worden geacht voor de beroepsuitoefening van de advocaat. In Nederland zijn met ingang van 1 januari 2015 in de Advocatenwet de kernwaarden van de advocaat wettelijk verankerd, als toetsingskader voor de beroepsuitoefening en de beroepsregulering. In Frankrijk zijn de kernwaarden van de advocaat, *principes essentielles*, sinds 1971 gedeeltelijk terug te vinden in de eed, gedeeltelijk in het Decreet 2005 en de RIN en in de Basiswet. In Engeland zijn in de *Legal Services Act 2007* voor het eerst beginselen opgenomen die richtinggevend zijn voor het gedrag en de beroepsuitoefening van advocaten. In Nederland zijn de volgende kernwaarden opgenomen in de Advocatenwet: onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid. Deze kernwaarden komen inhoudelijk overeen met de kernwaarden die in Frankrijk en Engeland gelden, zij het soms in andere bewoordingen. Naast de kernwaarde vertrouwelijkheid is in Nederland ook nog een specifieke bepaling in de Advocatenwet die de geheimhoudingsplicht van de advocaat regelt. In Frankrijk is het

beroepsgeheim niet opgenomen in de lijst van *principes essentielles*, maar is wel apart wettelijk geregeld en geldt wel degelijk als kernwaarde. In Engeland is één van de kernwaarden ‘*keeping clients’ affairs confidential*’ en deze is opgenomen in de *Legal Services Act 2007*.

### 8.2.3 *Beroepsuitoefening advocaten*

Het vertegenwoordigen, bijstaan en verdedigen van cliënten in gerechtelijke procedures is in de drie onderzochte landen hoofdzakelijk toebedeeld aan de advocaat. In Nederland en Frankrijk bestaat voor bepaalde gerechten verplichte procesvertegenwoordiging. In Engeland is er geen verplichte procesvertegenwoordiging, maar is het recht om rechtsbijstand te verlenen bij hogere gerechten voorbehouden aan degenen die *rights of audience* hebben.

In Nederland bestaat verplichte procesvertegenwoordiging bij civiele procedures voor de rechtbank, met uitzondering van de sector kanton en de sector bestuursrecht, bij het gerechtshof en bij de Hoge Raad. Dat is enigszins anders dan in Frankrijk, waar de advocaat zowel in civiele als bestuursrechtelijke procedures een procesmonopolie heeft ten aanzien van de vertegenwoordiging van cliënten, met uitzondering van een aantal bijzondere gerechten waar het recht van vertegenwoordiging aan bepaalde personen is toegekend. Het optreden als raadsman in strafzaken is in Nederland en Frankrijk voorbehouden aan advocaten. In een aantal procedures is het in Frankrijk ook voorgeschreven, bijvoorbeeld in procedures voor de *Cour d’ assises* of bij de procedure voor de *juge d’instruction*, de rechter-commissaris.

In Engeland hebben zowel *solicitors* als *barristers the right of audience* en zijn ze in beginsel gekwalificeerd om bij alle gerechten op te treden. Het bepleiten van de zaak bij de rechter, *advocacy*, is nog steeds het specialisme – maar niet meer het privilege – van de *barristers*.

Naast de procesgerelateerde werkzaamheden van de advocaat behoort in de drie landen in ieder geval ook het verlenen van juridisch advies aan cliënten tot de kernactiviteiten van de advocaat. De taak van de advocaat richt zich niet uitsluitend op het oplossen van juridische problemen, maar ook op het voorkomen van juridische problemen.

### 8.3 Functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Nederland, Frankrijk en Engeland

In Nederland wordt het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. In Frankrijk wordt de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt gewaarborgd door het *secret professionnel* en in Engeland door *legal professional privilege*. In de drie landen rust op de advocaat een geheimhoudingsplicht jegens zijn cliënt. In Nederland en Frankrijk vloeit de geheimhoudingsplicht van de advocaat voort uit de aard van zijn beroep en is deze wettelijk verankerd. In Engeland vloeit voor *solicitors* de verplichting tot geheimhouding van de met de cliënt gevoerde communicatie enerzijds voort uit de overeenkomst met de cliënt en berust deze anderzijds op de *equity doctrine of confidentiality*. Voor de *barrister* is de verplichting tot vertrouwelijkheid – tenzij de *barrister* rechtstreeks door een cliënt is ingeschakeld – gebaseerd op de *equity doctrine of confidentiality*.<sup>1766</sup> Deze *equity* regel is gebaseerd op het algemene belang dat vertrouwelijke professionele communicatie moet worden beschermd. Bovendien is als beginsel in de *Legal Services Act* opgenomen de *duty to keep clients' affairs confidential*.

In Nederland en Frankrijk is de schending van de geheimhoudingsplicht door de advocaat strafbaar gesteld. Dit is een verschil met Engeland, waar dat niet het geval is. In de drie rechtstelsels kan de advocaat zowel civielrechtelijk als tuchtrechtelijk worden aangesproken op de schending van de geheimhoudingsplicht.

In Nederland wordt de geheimhoudingsplicht van de advocaat versterkt beschermd door het verschoningsrecht. Het verschoningsrecht van de advocaat zorgt er voor dat de advocaat tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, mag zwijgen over zaken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen. In Frankrijk brengt het absolute karakter van het *secret professionnel* met zich mee, dat de advocaat niet mag getuigen over hetgeen hem is toevertrouwd en daartoe ook niet kan worden gedwongen. Daarnaast kan de advocaat in Nederland zich met een beroep op het verschoningsrecht en in Frankrijk met een beroep op het *secret professionnel* verzetten tegen kennisneming van vertrouwelijke communicatie door derden, waaronder de rechter, opsporingsinstanties en toezichthouders. Ook in Engeland kan de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaat en cliënt worden ingeroepen tegenover de rechter en andere instanties. Een belangrijk verschil tussen

---

<sup>1766</sup>. Indien de *barrister* rechtstreeks door de cliënt wordt ingeschakeld vloeit voor *solicitors* de verplichting tot geheimhouding van de met de cliënt gevoerde communicatie deels voort uit de overeenkomst met de cliënt.

Engeland en de andere twee landen is dat het recht om zich tegen kennisneming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt te verzetten met een beroep op *legal professional privilege* juist bij de cliënt berust.

De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en cliënt is in Engeland door het *legal professional privilege* meer beschermd dan de vertrouwelijke communicatie met andere professionals. Dat is enigszins anders dan in Nederland en in Frankrijk waar bijvoorbeeld ook notarissen, artsen en geestelijken zich op het verschoningsrecht respectievelijk het *secret professionnel* kunnen beroepen. Een ander verschil tussen Engeland enerzijds en Nederland en Frankrijk anderzijds is dat *legal professional privilege* het overkoepelende privilege is dat is opgebouwd uit twee hoofdonderdelen, te weten: *legal advice privilege* en *litigation privilege*. *Legal advice privilege* beschermt de communicatie tussen advocaat en cliënt met het oog op het geven of verkrijgen van juridisch advies, zowel in het kader van (voorgenomen, te verwachten of aanhangige) procedures als daarbuiten. *Litigation privilege* beschermt kort gezegd communicatie tussen een cliënt en/of zijn advocaat enerzijds en derden anderzijds, en documenten, opgesteld en uitgewisseld met als voornaamste doel (*dominant purpose*) het verkrijgen van informatie of juridisch advies ter voorbereiding van een (voorgenomen, te verwachten of aanhangige) gerechtelijke procedure. Een beroep op *litigation privilege* onderscheidt zich dus in twee belangrijke opzichten van een beroep op *legal advice privilege*. In de eerste plaats beschermt *litigation privilege* communicatie met derden. In de tweede plaats is voor een beroep op *litigation privilege* een link met een gerechtelijke procedure vereist.

In alle drie de rechtstelsels dient de bescherming van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt een algemeen maatschappelijk belang, te weten de onbelemmerde toegang tot deskundig juridisch advies van en noodzakelijke bijstand door een advocaat in en buiten rechte. In Nederland berust het verschoningsrecht op een algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij bepaalde vertrouwenspersonen, waaronder advocaten, 'het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrij en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.<sup>1767</sup> Op grond van een belangenafweging, prevaleert in het Nederlandse recht dit maatschappelijke belang van het 'vertrouwelijk met bepaalde beroepsbeoefenaren', waaronder advocaten, kunnen spreken boven het maatschappelijke belang dat 'de waarheid in rechte aan het licht komt.' Ook in Engeland is aanvaard dat *legal professional privilege* is gegeven in het algemeen belang van de rechtspleging (*the interests of justice*) en van een goede rechtsbedeling (*administration of justice*). Net als in Nederland is de

---

1767. Zie noot 368.

grondslag voor *legal professional privilege* gebaseerd op een afweging van twee botsende maatschappelijke belangen, waarbij het belang dat wordt gediend door *legal professional privilege* dient te prevaleren. Het gaat enerzijds om het belang van de waarheidsvinding en anderzijds om het algemene belang dat een ieder toegang moet hebben tot professioneel en gedegen juridisch advies en bijstand en daarbij verzekerd moet zijn van onbelemmerde communicatie met een advocaat. In Frankrijk is de advocaat aangemerkt als één van de *confidants nécessaires*: een voor de samenleving onmisbare beroepsbeoefenaar waarvan men het in het algemeen belang acht dat men deze in volstrekte vertrouwelijkheid kan raadplegen. In Frankrijk heeft in de jurisprudentie niet zo'n duidelijke belangenafweging plaatsgevonden als in Nederland en Engeland, maar ook in Frankrijk heeft het *secret professionnel* voorrang boven andere maatschappelijke belangen, waaronder het belang van de waarheidsvinding. Het *secret professionnel* is in Frankrijk absoluut, van openbare orde en algemeen geldend.

Er wordt in de drie landen van uit gegaan dat cliënten advocaten niet zullen raadplegen dan wel niet volledige openheid van zaken zullen geven, als zij niet zouden kunnen vertrouwen op gegarandeerde geheimhouding. Het uitgangspunt in Nederland, Frankrijk en Engeland is, dat het ontbreken van gegarandeerde vertrouwelijkheid tot gevolg zou kunnen hebben dat bepaalde personen ervan worden weerhouden deskundige hulp te zoeken. Voor de goede beroepsuitoefening van een advocaat wordt het van groot belang geacht dat cliënten de feiten zo volledig mogelijk en naar waarheid weergeven; in Engeland wordt dit omschreven als *the need for candour*. Men gaat er in de drie rechtstelsels van uit, dat het ontbreken van gegarandeerde vertrouwelijkheid nadelige gevolgen zou kunnen hebben voor (onder meer) het belang van een goede rechtsbedeling.

## 8.4 Wezenskenmerken

Voor Nederland, Frankrijk en Engeland heb ik in respectievelijk hoofdstuk 5, 6 en 7 een aantal wezenskenmerken geïnventariseerd van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht, het *secret professionnel* en *legal professional privilege*, die ik in deze paragraaf vergelijk.

### 8.4.1 Absoluut dan wel niet-absoluut beginsel

In Nederland is de heersende leer dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet absoluut zijn. Dit is op het eerste gezicht anders dan in Frankrijk en Engeland, waar het *secret professionnel* respectievelijk *legal professional*



*privilege* wel als absoluut beginsel worden aangemerkt. In de drie landen zijn er echter nuanceverschillen in de uitleg van het begrip absoluut. Het resultaat van deze uitleg hiervan is in de drie landen echter niet wezenlijk anders en komt er op neer dat de bescherming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt in uitzonderlijke gevallen kan worden beperkt of opzij gezet.

In Nederland wordt met *niet absoluut* bedoeld dat de geheimhoudingsplicht opzij gezet kan worden door een wettelijke plicht of in uitzonderlijke gevallen kan worden doorbroken als andere, hogere, belangen prevaleren. In de jurisprudentie is aanvaard dat de door de Hoge Raad gemaakte belangenafweging, op grond waarvan het belang van vertrouwelijkheid prevaleert boven het belang van de waarheidsvinding, in zeer uitzonderlijke gevallen anders kan uitpakken. Ondanks het feit dat in Frankrijk en Engeland wordt uitgegaan van een absoluut beginsel, zijn ook daar uitzonderingen of beperkingen aanvaard in de reikwijdte van het beroepsgeheim.

In Frankrijk wordt het *secret professionnel* aangemerkt als een naar zijn aard absoluut beginsel, waarmee wordt bedoeld dat de *secret professionnel*, op een aantal vastgelegde uitzonderingen na, door niets of niemand kan worden ingeperkt, ook niet door de eigen cliënt. De eerste uitzondering is dat de advocaat slechts uit zijn geheimhoudingsplicht kan worden ontslagen indien en uitsluitend voorzover dit noodzakelijk is voor zijn eigen verdediging inzake tegen hem door de cliënt ingediende klachten of tegen hem ingestelde procedures. De tweede uitzondering houdt in dat de *secret professionnel* slechts in een aantal limitatieve gevallen opzij gezet kan worden door een wettelijke bepaling. Afgezien van deze uitzonderingen kan de advocaat in Frankrijk dus niet door derden, noch door zijn cliënt worden gedwongen tot het doen van mededelingen omtrent hetgeen onder zijn beroepsgeheim valt.

In Engeland gaat men ervan uit dat het *legal professional privilege* absoluut is, in die zin dat het beginsel niet opzij kan worden gezet door een ander publiek belang in specifieke omstandigheden te laten prevaleren. Er is geen ruimte meer voor een belangenafweging door de rechter in individuele gevallen. Slechts de cliënt kan afstand doen van *legal professional privilege*. Daarnaast kan een beroep op *legal professional privilege* worden ontzegd op grond van een wettelijke regeling. Tot slot is er in Engeland een aantal in de jurisprudentie aanvaarde uitzonderingen, dan wel beperkingen.

De belangrijkste 'uitzondering' in Engeland is de *crime/fraud exception*. In de literatuur wordt verschillend gedacht over het karakter van deze 'uitzondering'. Sommige auteurs gaan er vanuit dat de *crime/fraud exception* niet zozeer een uitzondering is op *legal professional privilege*, maar omstandigheden weer geeft waarin bepaalde communicatie en/of documenten niet onder de reikwijdte

van het privilege vallen. De *crime/fraud exception* houdt kort gezegd in, dat het beroep op *legal professional privilege* niet opgaat, indien stukken of communicatie voorwerp uitmaken van een misdrijf (*crime*) of van fraude of bedrog (*fraud*) of waarin juridisch advies wordt gevraagd dan wel verleend teneinde het plegen van een misdrijf of fraude mogelijk te maken of te bevorderen. De ratio hiervan is dat een cliënt die met kwade bedoelingen een advocaat inschakelt er niet gerechtvaardigd op kan vertrouwen dat het vragen of verkrijgen van advies met het oog op het plegen van een misdrijf of fraude onder de reikwijdte van *legal professional privilege* valt. Ook in Frankrijk geldt dat een advocaat die wordt verdacht van het plegen of medeplegen van een strafbaar feit (*infractio*) geen beroep kan doen op het beroepsgeheim jegens de vervolgende instanties. In Nederland wordt thans aanvaard, dat de omstandigheid dat een advocaat verdacht wordt van het met zijn cliënten plegen van ernstige strafbare feiten aangemerkt kan worden als een zeer uitzonderlijke omstandigheid, op grond waarvan het belang dat wordt gediend door het verschoningsrecht moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding.<sup>1768</sup>

#### 8.4.2 *Zeggenschap*

In de relatie tussen de advocaat en cliënt is in Nederland en Frankrijk de advocaat degene die beslist of hij al dan niet een beroep zal doen op zijn beroepsgeheim. De cliënt kan de advocaat niet dwingen om zich onder alle omstandigheden aan de geheimhoudingsplicht te houden. Evenmin kan de cliënt door een ontslag van zijn advocaat uit de geheimhoudingsplicht bewerkstelligen dat zijn advocaat spreekt. De advocaat blijft verantwoordelijk voor de door hem te maken afweging. Dit is een verschil met Engeland, waar de cliënt degene is die beslist of vertrouwelijke communicatie al dan niet wordt geopenbaard. De cliënt is ook degene die het recht heeft om *legal professional privilege* in te roepen. De advocaat is verplicht om er namens de cliënt een beroep op te doen, tenzij de cliënt afstand heeft gedaan van *legal professional privilege*.

#### 8.4.3 *Vertrouwelijke informatie*

Het uitgangspunt in de drie landen is dat alle communicatie en uitwisseling van gegevens tussen de cliënt en de advocaat vertrouwelijk kan worden geacht en voor bescherming in aanmerking komt, mits de cliënt de advocaat in een juridische context

---

<sup>1768</sup>. Zie hierna par. 8.6.2.

heeft benaderd in zijn hoedanigheid van onafhankelijke vertrouwenspersoon en met het oog op zijn beroepsspecifieke kennis en mits de communicatie en gegevensuitwisseling is gevoerd met het oog op het geven of verkrijgen van juridisch advies of bijstand.

Het moet gaan om informatie met een ‘geheim karakter’, in die zin dat het vertrouwelijk houden van de beoogde informatie is beoogd. Daaronder valt niet informatie van algemene bekendheid of met een openbaar karakter. Bij het toevertrouwen van informatie aan een advocaat wordt het geheime karakter van deze informatie en de geheimhoudingsplicht van de beroepsbeoefenaar verondersteld. Voorwaarde hierbij is wel dat de beroepsbeoefenaar de geheime of vertrouwelijke informatie in het kader van zijn gebruikelijke beroepsuitoefening heeft verkregen. Het feit dat bepaalde informatie al bij derden bekend is hoeft niet af te doen aan het geheime en vertrouwelijke karakter van deze informatie. In Engeland is in de jurisprudentie ook nog benadrukt dat de geheimhoudingsplicht van de advocaat inhoudt dat de advocaat de plicht heeft om geen privé-informatie (*private information*) over zijn cliënt naar buiten te brengen indien dit in strijd zou zijn met de belangen van de cliënt, ook al betreft het niet per se vertrouwelijke informatie en ook indien de informatie (deels) een openbaar karakter heeft.

De vraag of er sprake is van vertrouwelijke informatie wordt in de context van *litigation privilege*, waar het met name gaat om communicatie of stukken gewisseld tussen een advocaat of zijn cliënt enerzijds en een derde anderzijds, anders beoordeeld dan in de context van een beroep op *legal advice privilege*. Het gaat dan meer om vertrouwelijke informatie in die zin dat bepaalde communicatie of documenten niet ‘*properly available for use*’ zijn.

## 8.5 Hoofdgeregels omvang en reikwijdte

In deze paragraaf focus ik op de overeenkomsten en verschillen van een aantal elementen, die in de drie rechtstelsels van belang zijn voor de beantwoording van de vraag naar de omvang en reikwijdte van het beginsel van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt.

### 8.5.1 *Advocaat*

Op dit terrein bestaan tussen de drie rechtstelsels grotendeels overeenkomsten. In de drie landen wordt ervan uitgegaan dat voor de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie met een cliënt de advocaat in hoedanigheid van

advocaat moet zijn benaderd en hebben opgetreden. In Nederland, Frankrijk en Engeland wordt dan beoordeeld of de advocaat in het kader van zijn gebruikelijke beroepsuitoefening is benaderd. In de drie rechtstelsels is er een aantal duidelijke 'buitengrenzen'. De advocaat die als privé –persoon is benaderd of opgetreden wordt bijvoorbeeld geacht niet in hoedanigheid te zijn benaderd. Evenmin is dat het geval als de advocaat in de contacten met de cliënt is opgetreden in een andere rol, bijvoorbeeld als commissaris of bestuurder van een vennootschap. Voor de advocaat die in een specifieke functie optreedt, zoals mediator of als arbiter, geldt eveneens dat hij niet in hoedanigheid van advocaat optreedt.

In Frankrijk is, anders dan in de twee andere landen, in de Basiswet een aantal beperkingen op de geheimhoudingsplicht opgenomen voor het geval de advocaat specifieke werkzaamheden verricht. Dit geldt voor de advocaat die als trustee of als sportmakelaar optreedt en voor de advocaat die optreedt voor één van de partijen in een private of openbare aanbestedingsprocedure en procedures voor gunning van overheidsopdrachten. In Engeland is veel jurisprudentie voorhanden met betrekking tot de vraag of een advocaat als advocaat is opgetreden of benaderd. In de jurisprudentie is bijvoorbeeld uitgemaakt dat *legal professional privilege* niet geldt voor communicatie met iemand die zich uitgeeft als *solicitor*, maar is geschrappt als *solicitor*. Indien het gaat om een advocaat in dienstbetrekking, speelt de vraag wanneer de advocaat in hoedanigheid is opgetreden als de advocaat binnen het bedrijf ook een andere functie vervult, bijvoorbeeld een commerciële functie. In Engeland volgt uit de jurisprudentie dat als de advocaat meer is opgetreden als *'the client's man of business'* het privilege niet geldt.

In de drie landen geldt voor de advocaat in loondienst een belangrijke uitzondering ten aanzien van verificatie-onderzoeken door de Europese commissie in europeesrechtelijke mededingingszaken. Het HvJ EU heeft bepaald dat *legal privilege* niet kan worden ingeroepen ten aanzien van in het bedrijf gevoerde interne communicatie met een werknemer, ook al is deze werknemer advocaat en handelde hij in die hoedanigheid. Het HvJ EU kent de bescherming van *legal privilege* in de hierboven omschreven context uitsluitend toe aan communicatie die is gevoerd met een onafhankelijke advocaat. Volgens het HvJ EU valt een advocaat in loondienst daar niet onder.

In de drie landen is het uitgangspunt dat het door een advocaat meewerken aan en verhullen van strafbare feiten niet kan worden geacht onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van een advocaat te vallen. Communicatie tussen een advocaat en cliënt die onder deze noemer valt is niet beschermd. Cliënten die een advocaat inschakelen om hen behulpzaam te zijn bij het plegen van strafbare feiten kunnen niet gerechtvaardigd vertrouwen op de bescherming van het verschooningsrecht, *secret professionnel* of *legal professional privilege*.

### 8.5.2 *Cliënt*

In de drie rechtstelsels kan een cliënt een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn. Ook een potentiële cliënt kan een beroep doen op bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie met zijn advocaat. Als voorwaarde geldt in dat geval dat een cliënt een advocaat in zijn hoedanigheid moet hebben benaderd en daarbij met het oog op het verkrijgen van diens juridische bijstand en advies in vertrouwen informatie heeft gedeeld. In Frankrijk geldt, dat als het gaat om een rechtspersoon het voor de beantwoording van de vraag wie als cliënt kan worden aangemerkt, van belang is welke personen binnen het bedrijf bevoegd zijn om met de advocaat te communiceren of toegang hebben gekregen tot de met de advocaat gewisselde communicatie. In Nederland heeft de beantwoording van de vraag wie als cliënt moet worden aangemerkt voor een beroep op het verschoningsrecht nog niet tot problemen geleid. Dit is een verschil met Engeland, waar de uitleg van het begrip cliënt in de context van een beroep op *legal advice privilege* wel tot problemen heeft geleid. In Engeland geldt in dit opzicht een engere interpretatie van het begrip cliënt in dan in Frankrijk, en waarschijnlijk ook dan in Nederland. In de uitspraak *Three Rivers 5* is aanvaard dat, als de advocaat een rechtspersoon is, de vraag of communicatie is gevoerd met de cliënt dient te worden beantwoord aan de hand van de ‘*corporate client*’ test. Dat houdt in, dat de bescherming van *legal professional privilege* uitsluitend geldt indien de communicatie met de advocaat wordt gevoerd met de personen, die door of namens de onderneming zijn gemachtigd om instructies te geven aan de advocaat, dan wel om het juridisch advies van de advocaat te ontvangen en/of daarnaar te handelen.

### 8.5.3 *Wat valt eronder?*

Ook op dit punt bestaan grotendeels overeenkomsten tussen Nederland, Frankrijk en Engeland. In de drie landen is een ruime bescherming toegekend aan de inhoud en vorm van de communicatie tussen advocaat en cliënt die voor bescherming in aanmerking komt. Het gaat om alle mondelinge en schriftelijke gegevens, die de advocaat bij de uitoefening van zijn werkzaamheden van of namens de cliënt ontvangt, opstelt en uitwisselt met de cliënt (of diens vertegenwoordiger) met betrekking tot de cliënt of de zaak van de cliënt. De bescherming strekt zich ook uit tot alle moderne communicatiemiddelen. Ook komen eigen waarnemingen en ondervindingen van de advocaat in het kader van de bijstandsverlening voor bescherming in aanmerking. Een nog niet verzonden brief van een cliënt die gericht is aan zijn advocaat kan eveneens worden beschermd. In de drie landen geldt dat de bescherming ook geldt voor de kantoorgenoten en personeel van de advocaat,

met wie de advocaat in een zaak voor de cliënt samenwerkt of in dit kader informatie deelt.

In Frankrijk is in de Basiswet opgenomen dat de bescherming zich ook uitstrekt tot communicatie tussen advocaten onderling, met uitzondering van communicatie die is voorzien van de vermelding “*officielle*”. De twee andere landen kennen ook wel bescherming van confraternale correspondentie maar niet een dergelijke vergaande bescherming van correspondentie met de advocaat van de wederpartij.

Een verschil tussen met name Nederland en Frankrijk enerzijds en Engeland anderzijds geldt voor communicatie met derden. Hier ga ik in par. 8.6.5 nader op in.

## 8.6 Knelpunten in het Nederlandse recht; een vergelijking met Frans recht en Engels recht

### 8.6.1 *Inleiding*

In zowel Nederland als Frankrijk en Engeland heeft het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt het karakter van een fundamenteel rechtsbeginsel en heeft het algemene gelding, zodat het in beginsel jegens eenieder kan worden ingeroepen.

Van het beginsel kan in de drie landen in uitzonderlijke gevallen worden afgeweken. Ook zijn er beperkingen aanvaard met betrekking tot de omvang en reikwijdte van het beginsel. Op grond van de jurisprudentie van het EHRM zijn uitzonderingen slechts toegelaten wanneer aan strikte voorwaarden is voldaan. In par. 5.10 heb ik knelpunten in kaart gebracht, onder meer ten aanzien van de in het Nederlandse recht aanvaarde uitzonderingen en beperkingen op dit beginsel. In deze paragraaf vergelijk ik specifiek ten aanzien van deze knelpunten het Nederlandse recht met de in het Franse en het Engelse recht geldende regels.

### 8.6.2 *Zeer uitzonderlijke omstandigheden*

Zoals ik in par. 8.4 heb aangegeven is in Nederland sinds de *Notaris Maas* beschikking aanvaard, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen, waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het belang van het beroepsgeheim. In de jurisprudentie is nadien nog vele malen herhaald, dat de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden niet in een algemene regel is samen te vatten. Er blijft hier in ieder geval ruimte voor een individuele belangenafweging van de

rechter. Het leerstuk van de zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt niet alleen toegepast als het gaat om advocaten, maar ook als het gaat om andere verschoningsgerechtigden, met name notarissen of medici. De afweging van belangen kan per beroepsgroep anders uitpakken. Als het gaat om advocaten komt uit de jurisprudentie naar voren, dat sprake kan zijn van een zeer uitzonderlijke omstandigheid als de advocaat wordt verdacht van een ernstig strafbaar feit, waarbij de advocaat misbruik heeft gemaakt van zijn bijzondere positie.

In Frankrijk en Engeland is er minder ruimte voor een individuele belangenafweging door de rechter. Zowel in Frankrijk als in Engeland zijn de uitzonderingen op het beginsel van vertrouwelijkheid, indien hogere belangen worden geacht te prevaleren, wettelijk vastgelegd. Daarnaast volgt in Frankrijk en Engeland uit de jurisprudentie dat in beide landen een beroep op de bescherming van respectievelijk het *secret professionnel* dan wel *legal professional privilege* kan worden ontzegd in het geval de cliënt de advocaat heeft ingeschakeld teneinde het plegen van een strafbaar feit mogelijk te maken of te bevorderen. In Engeland is uitgemaakt dat het hierbij voornamelijk gaat om de intenties en het gedrag van de cliënt. Het is niet relevant of de advocaat op de hoogte was van de frauduleuze of criminele intenties of communicatie van de cliënt.

### 8.6.3 *Bescherming vertrouwelijke communicatie bij een doorzoeking ter inbeslagneming en waarborg deken*

In de drie onderzochte landen wordt communicatie tussen advocaat en cliënt ook in meer of mindere mate beschermd bij een doorzoeking bij een advocaat. De doorzoeking bij een advocaat is in Nederland summier wettelijk geregeld. Op grond van de in art. 98 Sv. opgenomen procedure mag, behoudens toestemming van de advocaat, niet worden gezocht naar stukken die onder het verschoningsrecht van de advocaat vallen. Evenmin mogen deze stukken in beslag worden genomen. Ten aanzien van de vraag of stukken al dan niet onder het verschoningsrecht vallen kan een geschil ontstaan met de beslaglegger. In het wetboek van strafvordering is niet duidelijk vastgelegd wie wanneer mag kennisnemen van deze stukken.

Bij een doorzoeking bij een advocaat is het in Nederland gebruikelijk de plaatselijke deken in te schakelen. De rol van de deken is met name adviserend. Deze praktijk is niet wettelijk geregeld. Wel wordt het inschakelen van de deken aanbevolen in de NOvA Handleiding en in de OM-Aanwijzing 2011 en wordt zijn aanwezigheid bij doorzoeken bij een advocaat in de jurisprudentie over het algemeen aanvaard als waarborg voor het zorgvuldig omgaan met de bijzondere

positie van de advocaat als verschoningsgerechtigde. In een uitspraak uit 2009 oordeelde de HR dat de opvatting dat de deken altijd aanwezig moet zijn bij de beoordeling van de rechter-commissaris ten aanzien van welke in beslag genomen stukken het beslag moet worden gehandhaafd, in zijn algemeenheid onjuist is.

In Frankrijk is in art. 56-I CPP een regeling opgenomen die het kantoor en de woning van de advocaat beoogt te beschermen bij een doorzoeking. Art. 56-I CPP bepaalt dat een doorzoeking op grond van dit artikel geen afbreuk mag doen aan de vrije beroepsuitoefening van de advocaat. Anders dan in Nederland, beschrijft deze bepaling uitvoerig onder welke voorwaarden een dergelijke doorzoeking plaats kan vinden. In Frankrijk is de doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat aan strikte voorwaarden gebonden. In deze procedure is de aanwezigheid van de deken, anders dan in Nederland, verplicht voorgeschreven. In deze bepaling is ook vastgelegd wie bevoegd is tot het kennisnemen van de stukken. Slechts de deken en de betrokken rechter-commissaris of andere rechterlijk ambtenaar zijn, voorafgaand aan een eventuele inbeslagneming, bevoegd tot inzage of kennisneming van de op locatie aanwezige stukken. De deken kan zich verzetten tegen de door de rechter-commissaris voorgenomen inbeslagneming van stukken als hij van oordeel is dat deze inbeslagneming onregelmatig is, en strijdig is met het *secret professionnel*. Het betreffende stuk dient in dat geval te worden verzegeld. Vervolgens voorziet art. 56-I CPP in een bijzondere verzetsprocedure voor de *juge des libertés et de la détention*, waarna binnen 5 dagen na ontvangst van de stukken een gemotiveerde, niet voor hogere voorziening vatbare, beslissing volgt.

De doorzoeking ter inbeslagneming mag slechts plaatsvinden op grond van een schriftelijke en gemotiveerde beslissing van de rechter-commissaris of andere rechterlijk ambtenaar en mag er niet op zijn gericht om aanknopingspunten of bewijs te vinden met betrekking tot een strafbaar feit, waarvan de cliënt wordt verdacht. Hoofdregel is dat communicatie tussen advocaat en cliënt niet in beslag mag worden genomen, tenzij het gaat om stukken die kort gezegd kunnen aantonen dat de advocaat medeplchtig was aan, of betrokken was bij, het onderzochte strafbare feit. Verder is in de jurisprudentie aanvaard dat een advocaat geen beroep kan doen op bescherming van het *secret professionnel*, als hij misbruik maakt van zijn bevoegdheid om bewijsmateriaal te onttrekken aan het onderzoek en in het algemeen om zijn vervolgte cliënt te helpen bij het verhullen van strafbare feiten.

In Engeland geeft de Criminal and Justice Act 2001 een uitgebreide regeling van bevoegdheden tot inbeslagneming. Hierbij is geen expliciete uitzondering gemaakt voor inbeslagneming van stukken die beschermd worden door *legal professional privilege*. Op grond van deze wet geldt niettemin een aantal waarborgen ter bescherming van *legal professional privilege*, zoals de plicht om door *legal professional privilege* beschermde stukken te retourneren. De Police and Criminal



Evidence Act 1984 kent wel een expliciete uitzondering ten aanzien van documenten die beschermd worden door *legal professional privilege*. De doorzoeking bij advocaten is in Engeland, anders dan in Nederland en Frankrijk, niet wettelijk geregeld. Men neemt aan, dat in dat geval in Engeland dezelfde waarborgen gelden als bij gewone doorzoekingen. Het is dan gebruikelijk dat de onderzoeksinstanties een onafhankelijke advocaat – die geen bemoeienis mag hebben met de doorzoeking – raadplegen, om een opinie af te geven met betrekking tot de vraag of bepaalde stukken door *legal professional privilege* worden beschermd.

#### 8.6.4 *Koppeling beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt aan beroepsuitoefening advocaat*

In Nederland, Frankrijk en Engeland is het uitgangspunt dat onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van een advocaat zowel procesgerelateerde werkzaamheden vallen als juridische advisering. De werkzaamheden die betrekking hebben op ‘juridisch advies’ worden in de drie rechtstelsels ruim uitgelegd. Hieronder wordt bijvoorbeeld begrepen het adviseren van cliënten omtrent hun rechten en verplichtingen, in het algemeen of in concrete zaken, het verzamelen, selecteren en beoordelen van feiten die relevant zijn voor de vaststelling van rechten en verplichtingen of het effectueren van de rechtspositie van de cliënten, het opstellen en beoordelen van overeenkomsten, het voeren van onderhandelingen en het begeleiden en adviseren van cliënten bij het aangaan van schikkingen.

In par. 5.10 heb ik als knelpunt signaleerd dat in Nederland de ‘kerntaak’ of de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat steeds vaker restrictief wordt uitgelegd. Met name in de politiek en vanuit het OM wordt betoogd dat het verschoningsrecht beperkt zou moeten blijven tot bepaalde werkzaamheden van de advocaat. Voornamelijk niet-procesgerelateerde werkzaamheden worden ter discussie gesteld.

In Nederland is niet in de wet vastgelegd ten aanzien van welke werkzaamheden van de advocaat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht gelden. Dit is anders dan in Frankrijk, waar de inhoud en omvang van het *secret professionnel* wettelijk is vastgelegd in art. 66-5 van de Basiswet. In Frankrijk heeft de wetgever ingegrepen om duidelijk te maken dat het *secret professionnel* betrekking heeft op zowel procesgerelateerde werkzaamheden van de advocaat als door hem verleende juridische advisering. Dit was nodig omdat de rechter ook na de fusie tussen de beroepsgroep van advocaten en juridisch adviseurs in 1990 het *secret professionnel* slechts toekende als het ging om werkzaamheden van de advocaat die betrekking hadden op de rechten van verdediging. In art. 66-5 van de Basiswet

is ondubbelzinnig opgenomen, dat het *secret professionnel* geldt voor *alle* werkzaamheden van de advocaat, zowel procesgerelateerd als op het gebied van het verlenen van juridisch advies. Hieronder wordt in Frankrijk ook begrepen het opstellen van contracten en het voeren van onderhandelingen. Ondanks de ondubbelzinnige wetstekst, zijn er nog steeds uitspraken van (met name) de strafkamer van de *Cour de Cassation*, waarin voor de reikwijdte van de *secret professionnel* een onderscheid wordt gemaakt tussen proceswerkzaamheden van de advocaat en juridisch advieswerkzaamheden.

In Engeland geldt op grond van de jurisprudentie voor een beroep op *legal advice privilege* dat de communicatie moet zijn gevoerd met het oog op het verkrijgen of verlenen van juridisch advies of juridische bijstand. Tevens blijkt uit de jurisprudentie dat 'juridisch advies' ruim wordt uitgelegd en ook kan omvatten een advies waarin wordt aangegeven hoe een cliënt in een bepaald geval, in de relevante juridische context, zo voorzichtig en verstandig mogelijk zou moeten of kunnen handelen. Daarnaast blijkt dat de advocaat in zijn hoedanigheid van advocaat moet zijn benaderd om stukken, situaties of transacties te beoordelen door een juridische bril. De test die in de jurisprudentie is ontwikkeld om te beoordelen of sprake is van vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en een cliënt met het oog op het verkrijgen of verlenen van juridisch advies, kan als volgt worden samengevat: Als sprake is van een relevante juridische context, valt alle communicatie tussen een advocaat en de cliënt onder de bescherming van *legal advice privilege*, mits (i) die communicatie rechtstreeks betrekking heeft op de beroepsuitoefening van advocaat in zijn hoedanigheid van juridisch adviseur van de cliënt, en (ii) de communicatie is opgesteld met het oog op het verkrijgen of verlenen van juridisch advies of bijstand.

#### 8.6.5 *Omvang en reikwijdte; (i) communicatie met derden en (ii) corpora et instrumenti delicti*

In par. 5.10 heb ik als knelpunt gesignaleerd dat in Nederland bij doorzoeken discussies kunnen ontstaan ten aanzien van de vraag of communicatie met derden is beschermd door het verschoningsrecht. Bovendien speelt bij doorzoeken regelmatig de vraag of bepaalde stukken als *corpora et instrumenti delicti* kunnen worden aangemerkt. In de jurisprudentie lijkt met name de invulling van de *instrumenti delicti* problemen op te leveren. Op beide aspecten ga ik in deze paragraaf in.

*(i) communicatie met derden*

In Engeland is de communicatie met derden aan striktere voorwaarden gebonden om te worden beschermd met een beroep op vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt dan in Nederland en Frankrijk.

In Nederland kan informatie die verkregen is van derden of uitgewisseld met of in het bijzijn derden onder het (afgeleide) verschoningsrecht vallen. Uit de jurisprudentie blijkt dat hiervoor als eis geldt dat vertrouwelijkheid is beoogd. Zo wordt bijvoorbeeld aangenomen dat als contractsonderhandelingen die gevoerd zijn tussen twee partijen, in het bijzijn van de advocaat van een van hen, hebben geleid tot een rechtens afdwingbaar resultaat, de inhoud van die besprekingen niet als toevertrouwd heeft te gelden. Er is dan, naar wordt aangenomen, geen vertrouwelijkheid beoogd. Als een advocaat in zijn eigen zaak voor de cliënt advies van een derde deskundige, bijvoorbeeld een accountant, nodig heeft omdat hij diens advies voor een goede behandeling van de zaak niet kan missen, vallen de gegevens die de accountant van de advocaat kreeg op grond van de jurisprudentie onder het (afgeleide) verschoningsrecht. Hetzelfde geldt ten aanzien van het door de accountant op deze basis verleende advies. Het is dan wel van belang dat de advocaat voor dit advies rechtstreeks door de cliënt is benaderd en dat de cliënt er dus op mocht vertrouwen dat de communicatie vertrouwelijk zou zijn. Er moet een duidelijke link zijn met de dienstverlening door de advocaat en vertrouwelijkheid moet zijn beoogd.

In Frankrijk heeft het *secret professionnel*, net als in Nederland en Engeland, betrekking op al hetgeen aan een advocaat in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. Uit de jurisprudentie volgt dat daarbij, net als in Nederland, ook kan worden begrepen informatie die de advocaat in een zaak aangaande de cliënt van derden heeft verkregen. Het moet dan wel gaan om informatie die noodzakelijk aan de advocaat is toevertrouwd, *confidences nécessaires*, met het oog op de verdediging van de cliënt en de behartiging van zijn belangen. Zowel de Basiswet als de R.I.N. bepaalt onder meer dat *alle* stukken in een dossier van een cliënt onder het bereik van het *secret professionnel* vallen. Besprekingen die de advocaat en zijn cliënt in aanwezigheid van derden voeren (bijvoorbeeld contractsonderhandelingen) vallen, anders dan in Nederland, in beginsel niet onder het *secret professionnel*.

In Engeland wordt correspondentie met derden en informatie verkregen van of uitgewisseld met derden hoofdzakelijk beschermd onder *litigation privilege*. Dat betekent dat communicatie tussen een cliënt en/of zijn advocaat enerzijds en derden anderzijds, of documenten, opgesteld door of in samenwerking met derden of uitgewisseld met derden, slechts beschermd worden indien dit gebeurt met het oog op en ter voorbereiding van een voorgenomen, verwachte of aanhangige

gerechtelijke procedure. Daarbij geldt dat het voornaamste doel (*dominant purpose*) van het plaatsvinden van deze communicatie of de totstandkoming van deze documenten moet zijn: het gebruik in of ter ondersteuning van, of het verkrijgen van juridisch advies van een advocaat over, een aanstaande of aanhangige procedure. Dit is dus een ander uitgangspunt dan in Nederland en Frankrijk. Communicatie *tussen* de advocaat en de cliënt is in Engeland beschermd onder *legal advice privilege*. Deze communicatie hoeft echter niet altijd rechtstreeks plaats te vinden. Soms kan de communicatie ook via een vertegenwoordiger van een van beiden of via een door één van hen ingeschakelde derde lopen. Om onder de bescherming van *legal advice privilege* te vallen, geldt de voorwaarde dat de vertegenwoordiger van de cliënt of de advocaat wel expliciet of impliciet aangewezen moet zijn of moet fungeren als ‘doorgeefluik’ van de communicatie. Indien dit niet het geval is, wordt er al snel aangenomen dat er sprake is van een derde en dan is er een link met een gerechtelijke procedure nodig om beschermd te worden door *legal professional privilege*.

#### (ii) *corpora et instrumenti delicti*

In de drie landen worden stukken die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (*corpora et instrumenti delicti*) niet beschermd door het verschoningsrecht van de advocaat.

#### 8.6.6 *Begrip ‘advies’ in Wwft*

Anders dan in Engeland en Frankrijk kent Nederland geen vrijstelling voor het verlenen van juridisch advies door advocaten dat plaatsvindt buiten de context van een gerechtelijke procedure. Daarnaast is de meldplicht in Nederland gekoppeld aan ongebruikelijke transacties, in plaats van een ‘weten, vermoeden of redelijke gronden om te vermoeden hebben’ dat een feit verband houdt met witwassen.<sup>1769</sup> In Engeland en Frankrijk is de meldplicht echter niet aan ongebruikelijke transacties, maar kort gezegd aan verdachte transacties in de zin van de derde witwasrichtlijn gekoppeld.

In Nederland is in de Wwft de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat doorbroken door de in deze wet opgenomen plicht voor advocaten om ongebruikelijke transacties van of met betrekking tot hun cliënten te melden aan de FIU. Daarnaast geldt in dit verband voor advocaten het tipping-off verbod: advocaten mogen niet aan hun cliënten laten weten dat ze deze melding

---

1769. Zoals in de derde witwasrichtlijn is geformuleerd.

hebben gedaan. De meldplicht vloeit voort uit de implementatie van de derde witwasrichtlijn. De verplichtingen uit de Wwft gelden voor advocaten indien ze zelfstandig onafhankelijk beroeps- en bedrijfsmatig advies geven of bijstand verlenen bij bepaalde transacties, zoals de aankoop- of verkoop van onroerend goed of ondernemingen, het oprichten of beheren van vennootschappen en het beheren van geld. Er geldt echter een vrijstelling 'voor zover de advocaat voor de cliënt werkzaamheden verricht betreffende de bepaling van diens rechtspositie, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens of na het rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding'.<sup>1770</sup> Onder het bepalen van de rechtspositie wordt slechts een eerste verkennend gesprek met de cliënt begrepen, niet een eventueel hierop volgend juridisch advies. Niet-procesgebonden advisering, bijvoorbeeld: het geven van advies bij het opstellen van een overeenkomst valt in Nederland niet onder de vrijstelling. In Frankrijk en Engeland valt het verlenen van juridisch advies in beginsel wel onder de vrijstelling.

In Frankrijk is de vrijstelling voor advocaten in de *Code Monétaire Financière* (CMF), de wet die de verplichtingen uit de derde witwasrichtlijn implementeert, ruimer dan in Nederland. Een uitzondering op de meldingsplicht geldt voor de advocaat ook met betrekking tot informatie die hij van of over een cliënt verkrijgt in het kader van het verlenen van juridisch advies. Dit is slechts anders, indien het juridisch advies is verleend met het oog op witwassen of financiering van terrorisme of als de advocaat weet dat de cliënt juridisch advies van de advocaat verlangt teneinde witwassen of financiering van terrorisme te faciliteren. Een ander belangrijk verschil met de Nederlandse regeling is dat advocaten niet rechtstreeks melden aan TRACFIN, de Franse tegenhanger van de FIU, maar aan de deken van de orde van het arrondissement waar de advocaat is ingeschreven.

In Engeland is de meldplicht voor *solicitors* en *barristers* die voortvloeit uit de derde witwasrichtlijn geregeld in art. 330 e.v. *Proceeds of Crime Act* (POCA). De meldplicht geldt voor elk 'weten, vermoeden of redelijke grond om te vermoeden' dat een andere persoon is betrokken bij witwassen of financieren van terrorisme, als deze informatie bekend is geworden tijdens de uitoefening van een meldplichtige dienstverlening. De meldplicht geldt hoofdzakelijk bij dienstverlening met betrekking tot financiële of onroerend goed transacties. De melding moet worden gedaan aan de daartoe bestemde functionaris van de firma waartoe de *solicitor* of de *barrister* behoort. Deze functionaris beslist of de informatie wordt gemeld bij de SOCA. Als er geen interne meldingsfunctionaris is, moet de melding

---

1770. Zie noot 1103.

rechtstreeks bij de SOCA worden gedaan. De meldplicht geldt hoofdzakelijk bij dienstverlening bij financiële of onroerend goed transacties.

In Engeland is voor deze meldplicht net als in Frankrijk een ruime vrijstelling opgenomen, die is gebaseerd op de derde witwasrichtlijn. De vrijstelling geldt wanneer: (a) de informatie afkomstig is van zijn cliënt (of diens vertegenwoordiger) bij het geven van juridisch advies, of (b) wanneer de informatie afkomstig is van een persoon en in relatie staat tot een juridische procedure of een te verwachte juridische procedure. Dat laatste houdt in dat als het advies gerelateerd is aan een (verwachte) procedure, ook de communicatie met derden is geprivilegieerd.

Engeland kent, net als Frankrijk, de fraude-oogmerk uitzondering (*crime-fraud exception*), die voortvloeit uit art. 330 (11) POCA. Op grond hiervan is de vrijstelling niet van toepassing op informatie die is uitgewisseld of is gegeven met het oogmerk om een crimineel doel te vergemakkelijken. Het maakt voor de *crime fraud exception* niet uit wie de frauduleuze intentie heeft en of de advocaat zich bewust was dat hij werd gebruikt of misbruikt voor dat doel. De fraude-oogmerk uitzondering werkt in Engeland zowel binnen als buiten een procedurele context, bijvoorbeeld bij schijnprocedures die worden gevoerd met het uitsluitende doel om geld wit te wassen.

### 8.6.7 *Aftappen communicatie*

In Nederland, Frankrijk en Engeland verzet de wet zich niet tegen het af luisteren en opnemen van communicatie waaraan een advocaat deelneemt. De positie van de advocaat bij het opnemen van telecommunicatie is in Nederland niet wettelijk geregeld. Ter bescherming van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht bepaalt art. 126aa lid 2 Sv, dat processen-verbaal of andere voorwerpen die mededelingen behelzen gedaan door of aan een persoon die zich op grond van art. 218 Sv zou kunnen verschonen als hem naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd, worden vernietigd. De verantwoordelijkheid hiervoor berust bij de officier van justitie die op grond hiervan kan kennisnemen van informatie die mogelijkwijze onder het verschoningsrecht valt. Als processen-verbaal of andere voorwerpen mededelingen bevatten die niet onder het verschoningsrecht vallen kan de officier van justitie deze stukken bij de processtukken voegen. De officier heeft daartoe voorafgaande machtiging van de rechter- commissaris nodig.

Indien de rechter-commissaris van oordeel is dat toch sprake is van mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen, kan hij de machtiging weigeren en zullen de stukken alsnog moeten worden vernietigd. Als het gaat om mededelingen aan of door een geheimhouder die als verdachte is aangemerkt, moet de officier

van justitie het oordeel van een gezaghebbend lid van de beroepsgroep inwinnen omtrent de vraag of het gaat om mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen. Inmiddels is voor advocaten een systeem van nummerherkenning ingevoerd, op grond waarvan het interceptiesysteem is voorzien van een zogenaamd geheimhoudersfilter en na herkenning in de tapkamers van de door advocaten opgegeven nummers gesprekken niet worden opgenomen, maar onmiddellijk na herkenning worden vernietigd. Art. 126aa lid 2 Sv blijft relevant voor de gevallen waarin het systeem niet werkt. Een dergelijke procedure geldt nog niet ten aanzien van het opnemen van communicatie door andere instanties, bijv. de AIVD.

In Frankrijk bevat art. 100 tot en met 100-7 CPP een regeling met betrekking tot het aftappen van telecommunicatie in het kader van een strafrechtelijk onderzoek. Deze bepalingen zijn in het leven geroepen naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM uit 1990 in de zaak *Kruslin v Huvig*, waarin Frankrijk werd veroordeeld voor de toenmalige praktijk inzake het afluisteren van telecommunicatie. Voor het afluisteren van communicatie waaraan een advocaat deelneemt moet aan bepaalde voorwaarden worden voldaan. De *juge d'instruction* kan dan opdracht geven tot het afluisteren van een advocaat. Art. 100-5 CPP verbiedt op straffe van nietigheid de uitwerking van de met een advocaat gevoerde onderschepte telecommunicatie, als deze communicatie is gevoerd in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging. Dit is anders dan in Nederland, waar uitgewerkte tapverslagen die mededelingen bevatten die beschermd worden door het verschoningsrecht moeten worden vernietigd. Voor de interceptie van de telefoonlijn van het kantoor of de woning van een advocaat, bepaalt de wet, anders dan in Nederland, op straffe van nietigheid dat de deken van te voren is ingelicht door de *juge d'instruction*. De deken heeft in deze procedure verder geen actieve rol. Art. 706-96 CPP verbiedt het plaatsen van opname- en afluisterapparatuur in het huis, het kantoor of de auto van een advocaat.

In Engeland is het op grond van de *Police Act 1997* voor bepaalde politie-afdelingen onder voorwaarden toegestaan telefoonverkeer met een advocaat af te luisteren. Er is voorafgaande toestemming nodig van een *senior judicial office holder*, die daarbij moet overwegen of het inzetten van het heimelijke dwangmiddel proportioneel is ten opzichte van het beoogde doel. Na het verkrijgen van de vereiste toestemming is het in beginsel toegestaan om telefoongesprekken met een advocaat af te luisteren, ook al kan dit tot gevolg hebben dat hiermee informatie die onder de bescherming van *legal professional privilege* valt wordt onderschept.

## 8.7 Samenvatting en conclusie

Het beroep van advocaat en de beroepsuitoefening in Nederland, Frankrijk en Engeland bevat in grote lijnen veel overeenkomsten. Het vertegenwoordigen, bijstaan en verdedigen van cliënten in gerechtelijke procedures is in de drie onderzochte landen hoofdzakelijk toebedeeld aan de advocaat. De advocaat vervult in de drie landen een centrale rol in de rechtsbedeling en in de effectuering van rechten van rechtzoekenden die zich tot hen wenden.

De advocaat heeft als kerntaak de rechtspositie van zijn cliënt te waarborgen en doet dit zowel door het geven van juridisch advies als door het vertegenwoordigen en bijstaan van cliënten in juridische procedures en conflicten. Om zijn kerntaak goed te kunnen vervullen worden aan de advocaat bepaalde eisen gesteld en moet de advocaat en zijn beroepsuitoefening aan bepaalde specifieke kenmerken voldoen. In de drie landen gelden vergelijkbare beginselen, ofwel kernwaarden, die noodzakelijk worden geacht voor de beroepsuitoefening van de advocaat. Deze zijn in ieder geval terug te voeren op: onafhankelijkheid, integriteit, deskundigheid, partijdigheid en vertrouwelijkheid.

In de drie gekozen rechtstelsels dient de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt een algemeen maatschappelijk belang, te weten: de onbelemmerde toegang tot deskundig juridisch advies van en noodzakelijke bijstand door de advocaat in en buiten rechte. Cliënten moeten er onvoorwaardelijk op kunnen vertrouwen dat ze hun advocaat in volstrekte vertrouwelijkheid kunnen raadplegen. In de drie landen prevaleert het algemeen belang van de onbelemmerde rechtshulp door de advocaat boven het algemeen belang van de waarheidsvinding.

In Nederland is de heersende leer dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet absoluut zijn. Dit is op het eerste gezicht anders dan in Frankrijk en Engeland, waar het *secret professionnel* respectievelijk *legal professional privilege* wel als absoluut beginsel worden aangemerkt. In de drie landen zijn er echter nuanceverschillen in de uitleg van het begrip 'absoluut'. Het resultaat van deze uitleg hiervan is in de drie landen echter niet wezenlijk anders en komt er op neer dat de bescherming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt slechts in uitzonderlijke gevallen kan worden beperkt of opzij gezet.

In Frankrijk en Engeland is er minder ruimte voor een individuele belangenafweging door de rechter. Zowel in Frankrijk als in Engeland zijn de uitzonderingen op het beginsel van vertrouwelijkheid, indien hogere belangen worden geacht te prevaleren, wettelijk vastgelegd. In de drie rechtstelsels geldt in ieder geval het uitgangspunt dat het door een advocaat meewerken aan en verhullen van strafbare



feiten niet kan worden geacht onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van een advocaat te vallen. Communicatie tussen een advocaat en cliënt die onder deze noemer valt verdient geen bescherming.

In de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt is het in Nederland en Frankrijk de advocaat degene die beslist of hij al dan niet een beroep zal doen op zijn beroepsgeheim. In Engeland berust dit recht bij de cliënt. In de drie landen wordt ervan uitgegaan dat voor de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie met een cliënt de advocaat in hoedanigheid van advocaat moet zijn benaderd en hebben opgetreden. De uitleg hiervan bevat in Nederland, Frankrijk en Engeland grotendeels overeenkomsten.

In de drie rechtstelsels kan een cliënt een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn. In Engeland geldt in de context van een beroep op *legal advice privilege* een engere interpretatie van het begrip cliënt dan in Frankrijk, en waarschijnlijk ook dan in Nederland. In de drie landen is een ruime bescherming toegekend aan de inhoud en vorm van de communicatie tussen advocaat en cliënt die voor bescherming in aanmerking komt. In Frankrijk is in de Basiswet opgenomen dat de bescherming van het *secret professionnel* zich ook uitstrekt tot communicatie tussen advocaten onderling, met uitzondering van communicatie die is voorzien van de vermelding “*officielle*”. De twee andere landen kennen een minder vergaande bescherming van correspondentie met de advocaat van de wederpartij.

In Nederland, Frankrijk en Engeland is het uitgangspunt dat onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van een advocaat zowel procesgerelateerde werkzaamheden vallen als juridische advisering. In Frankrijk is in de Basiswet opgenomen dat het *secret professionnel* betrekking heeft op alle werkzaamheden van de advocaat, daaronder begrepen het verlenen van juridisch advies. In Engeland wordt in de context van een beroep op *legal professional privilege* het begrip juridisch advies ruim uitgelegd. In Engeland is de communicatie met derden aan striktere voorwaarden gebonden om te worden beschermd met een beroep op vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt dan in Nederland en Frankrijk.

Bij een doorzoeking ter inbeslagneming bij een advocaat geldt in Frankrijk, anders dan in Nederland en Engeland een gedetailleerde wettelijke regeling. De rol van de deken bij een inbeslagneming is in Frankrijk wettelijk vastgelegd. In de drie landen worden stukken die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (*corpora et instrumenti delicti*) niet beschermd door het verschoningsrecht van de advocaat.

Anders dan in Engeland en Frankrijk kent Nederland geen vrijstelling voor de meldplicht die voortvloeit uit de derde witwasrichtlijn ten aanzien van het verlenen van juridisch advies door advocaten dat plaatsvindt buiten de context van een gerechtelijke procedure. Daarnaast is de meldplicht in Nederland gekoppeld

aan ongebruikelijke transacties, terwijl deze in Engeland en Frankrijk kort gezegd geldt ten aanzien van verdachte transacties in de zin van de derde witwasrichtlijn. De melding in Frankrijk geschiedt, anders dan in Nederland, aan de deken.

In Nederland, Frankrijk en Engeland verzet de wet zich niet tegen het affluisteren en opnemen van communicatie waaraan een advocaat deelneemt. In Frankrijk is in de wet opgenomen dat voorafgaand aan het affluisteren van een verdachte advocaat de deken moet worden ingeschakeld. Art. 100-5 CPP verbiedt op straffe van nietigheid de uitwerking van de met een advocaat gevoerde onderschepte telecommunicatie, als deze communicatie is gevoerd in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging. Dit is anders dan in Nederland, waar uitgewerkte tapverslagen die mededelingen bevatten die beschermd worden door het verschoningsrecht moeten worden vernietigd. In Nederland geldt thans anders dan in Frankrijk en Engeland een nummerherkenningsstelsel.

Ten aanzien van de in Nederland geconstateerde knelpunten geldt dat in een aantal gevallen het Franse recht of het Engelse recht betere waarborgen kent voor het beroepsgeheim. Dit geldt met name voor wat betreft het leerstuk van de zeer uitzonderlijke omstandigheden, voor de meldplicht van advocaten op grond van de Wwft, voor de inkadering van wat onder gebruikelijke beroepsuitoefening van advocaten kan worden verstaan waarvoor het beroepsgeheim geldt en voor de rol van de deken als waarborg voor het beroepsgeheim. Met name op deze punten dient het Engelse recht en het Franse recht ter inspiratie. In de conclusie in hoofdstuk 9 ga ik hier nader op in.