



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.

Conclusie en aanbevelingen

9.1 Inleiding

Vertrouwelijkheid in de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt wordt van wezenlijk belang geacht voor het goed kunnen vervullen van de rol van de advocaat in de rechtsbedeling. In Nederland wordt de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Het doel van mijn onderzoek was om de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat in Nederland te evalueren. Ik heb mijn onderzoek vormgegeven aan de hand van twee onderzoeksvragen, die ik in hoofdstuk 1 heb geformuleerd.

Met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvragen heb ik de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat in kaart gebracht. Deze regeling heb ik getoetst aan (i) het algemene rechtsbeginsel zoals dat in 1985 is aanvaard in de *Notaris Maas*-beschikking van de Hoge Raad, en aan (ii) de minimumwaarborgen die voortvloeien uit de relevante jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU. De toetsingscriteria zijn behandeld in hoofdstuk 3 en hoofdstuk 4. Ter inspiratie voor het aandragen van eventuele andere oplossingen voor mogelijke verbeterpunten in de Nederlandse regeling heb ik ook de rechtssystemen van Frankrijk en Engeland onderzocht.

Het doel van dit hoofdstuk is om de twee onderzoeksvragen te beantwoorden. De eerste onderzoeksvraag komt aan de orde in par. 9.2. In par. 5.10 heb ik ten aanzien van het Nederlandse recht een aantal knelpunten gesignaleerd. Ten aanzien van deze knelpunten heb ik in die paragraaf geconcludeerd dat het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Nederland onvoldoende is gewaarborgd dan wel voor verbetering vatbaar is. Hiermee heb ik de tweede onderzoeksvraag deels beantwoord. In par. 9.3 kom ik terug op de in Nederland gesignaleerde knelpunten en zal ik, conform subonderdeel (b) van de tweede onderzoeksvraag, daarbij aangeven hoe de Nederlandse regeling zou moeten worden aangepast. Daarbij heb ik mij op een aantal punten laten inspireren door

oplossingen die zijn gekozen in het Franse en in het Engelse recht. In par. 9.4 doe ik tot slot een aantal aanbevelingen voor gewenste of noodzakelijke verbeteringen ten aanzien van de in Nederland geconstateerde knelpunten.

9.2 In hoeverre zijn naar huidig Nederlands en Europees recht beperkingen en uitzonderingen toelaatbaar op het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de Nederlandse samenleving?

9.2.1 *Inleiding*

Een onderdeel van de eerste onderzoeksvraag is de vraag of het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en cliënt absoluut is of bijvoorbeeld kan wijken voor andere maatschappelijke belangen. Hierbij heb ik mij mede gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad. In par. 9.2.2 zal ik deze subvraag beantwoorden. In mijn onderzoek heb ik voorts geïnventariseerd welke uitzonderingen en beperkingen thans zijn aanvaard in de Nederlandse wet- en regelgeving. Deze komen aan de orde in par. 9.2.3. In par. 9.2.4 en 9.2.5 ga ik in op de beperkingen en uitzonderingen die toelaatbaar worden geacht op grond van de Europese wtwasrichtlijnen (par. 9.2.4) en op grond van de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU in het kader van art. 6 en 8 EVRM. In par. 9.2.6 volgt een conclusie.

9.2.2 *Geen absoluut beginsel*

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat zijn in het Nederlandse recht niet absoluut. De verplichting tot geheimhouding van de advocaat geldt als een ‘fundamenteel rechtsbeginsel dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep in acht moet nemen en waarop cliënten met het oog op de juiste behartiging van hun belangen onvoorwaardelijk moeten kunnen vertrouwen’. De geheimhoudingsplicht van de advocaat is wettelijk verankerd in de Advocatenwet. Regel 6 van de Gedragsregels 1992 geeft een invulling aan de inhoud en omvang van de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht van de advocaat kan in Nederland opzij worden gezet of worden beperkt op grond van een wettelijke bepaling. In uitzonderlijke gevallen kan de advocaat zijn geheimhoudingsplicht doorbreken als sprake is van hogere belangen die moeten prevaleren. Hierbij is aanvaard dat dit geldt ingeval van (het voorkomen van)

levensbedreigende omstandigheden.¹⁷⁷¹ Daarnaast geldt geen onverkorte geheimhoudingsplicht voor de advocaat in een tegen hem ingestelde tuchtprocedure.¹⁷⁷²

In het verlengde van de geheimhoudingsplicht van de advocaat ligt het verschoningsrecht. Op grond hiervan mag de advocaat kort gezegd tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, zwijgen over zaken die hem in hoedanigheid van advocaat zijn toevertrouwd. De bescherming van het verschoningsrecht vloeit voort uit een aantal wettelijke bepalingen. Het verschoningsrecht vindt zijn grondslag in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel. Als gevolg van een belangenafweging brengt dit rechtsbeginsel met zich mee, dat ‘het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrij en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene tot bepaalde vertrouwenspersonen (waaronder de advocaat) moet kunnen wenden voor bijstand en advies’.¹⁷⁷³ In de *Notaris Maas* – beschikking is bepaald, dat deze afweging in zeer uitzonderlijke gevallen anders zou kunnen uitpakken. Met andere woorden: er kunnen zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen als gevolg waarvan het belang van vertrouwelijkheid moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding.¹⁷⁷⁴ Het concept van de zeer uitzonderlijke omstandigheden is tot op heden niet in een algemene regel samengevat. Uit jurisprudentie van de HR volgt dat de verdenking van een advocaat (of andere verschoningsgerechtigde) van een ernstig strafbaar feit in ieder geval als zeer uitzonderlijke omstandigheid kan worden aangemerkt.

9.2.3 *Beperkingen in de Nederlandse wet- en regelgeving*

Advocatenwet

In de Advocatenwet is met het oog op het bevorderen van een goede beroepsuitoefening van de advocaat in een aantal bepalingen een doorbreking van de geheimhoudingsplicht opgenomen. Advocaten, hun medewerkers en personeel en andere bij de beroepsuitoefening betrokken personen zijn niet gehouden aan de geheimhoudingsplicht in de volgende gevallen: in het kader van het houden van toezicht op advocaten door de deken; bij het verrichten van kwaliteitstoetsen bij advocaten; bij een door de voorzitter van de raad van discipline gelast tuchtrechtelijk

1771. Zie par. 5.9.2.

1772. Par. 5.9.3.

1773. Zie noot 368.

1774. Par. 5.9.4.

vooronderzoek en; bij een onderzoek in het kader van de onbehoorlijke praktijkuitoefening.¹⁷⁷⁵

Gedragsregels 1992, regel 37

Op grond van regel 37 van de Gedragsregels 1992 kan een advocaat zich jegens de deken niet op zijn geheimhoudingsplicht beroepen ten aanzien van een verzoek om informatie van de deken in een tuchtrechtelijk onderzoek of in verband met de aan de deken opgedragen controle.

Wwft

In Nederland is in de Wwft de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat terzijde gesteld ten aanzien van bepaalde in de wet nader omschreven werkzaamheden.¹⁷⁷⁶ Advocaten wier werkzaamheden onder deze wet vallen moeten ongebruikelijke transacties van of met betrekking tot hun cliënten melden aan de FIU. Ten aanzien van het doen van een dergelijke melding rust op advocaten een tipping-off verbod: advocaten mogen hun cliënten niet laten weten dat ze de melding hebben gedaan. Het toezicht op de naleving van de verplichtingen van advocaten uit hoofde van de Wwft berust op grond van art. 45a Advocatenwet bij de deken. De verplichtingen uit de Wwft gelden voor advocaten als 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, met het oog op de positie van de advocaat als geheimhouder, een vrijstelling van de meldplicht indien de advocaat werkzaamheden verricht voor de cliënt betreffende de bepaling van zijn rechtspositie, bij de vertegenwoordiging en de verdediging van de advocaat in rechte en bij, kort gezegd, procesgebonden advisering. Het bepalen van de rechtspositie van de cliënt wordt in Nederland uitgelegd als het voeren van een eerste verkennend gesprek met de cliënt. Indien de juridische advisering niet-gerelateerd is aan een procedure (en niet tijdens het eerste verkennende gesprek wordt gegeven) geldt de vrijstelling niet.

¹⁷⁷⁵. Zie par. 5.9.6.

¹⁷⁷⁶. Par. 5.9.5.

9.2.4 *Beperking en vrijstelling in de Europese witwasrichtlijnen*

De Wwft is in Nederland ingevoerd ter implementatie van de derde witwasrichtlijn.¹⁷⁷⁷ Op grond van de derde witwasrichtlijn moeten de lidstaten in hun nationale wetgeving bepaalde verplichtingen aan (onder meer) advocaten opleggen. De richtlijn beoogt het witwassen van geld te bestrijden en het financieren van terrorisme te voorkomen. Met name de meldplicht die aan advocaten dient te worden opgelegd ten aanzien van verdachte transacties kan een inbreuk vormen op de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt.

Uit de richtlijn volgt dat beperkingen op het beroepsgeheim van de advocaat zoveel mogelijk moeten worden vermeden. Met het oog hierop hebben de lidstaten in de derde witwasrichtlijn de vrijheid om de bepalingen inzake de meldplicht niet toe te passen op (onder meer) advocaten ten aanzien van informatie die ze hebben verkregen bij werkzaamheden in verband met een gerechtelijke procedure of bij het bepalen van de rechtspositie van de cliënt. Uit overweging 20 van de considerans blijkt dat met het bepalen van de rechtspositie van de cliënt wordt bedoeld: het verlenen van juridisch advies. Uit art. 23 lid 2 van de derde witwasrichtlijn in combinatie met overweging 20 van de considerans volgt dat de meldplicht op advocaten slechts zou moeten gelden (i) indien de werkzaamheden van de advocaten geen betrekking hebben op het verlenen van juridisch advies danwel het vertegenwoordigen of verdedigen van cliënten in een procedure, of (ii) indien advocaten door hun dienstverlening meewerken aan witwasactiviteiten of met hun dienstverlening bewust witwasactiviteiten faciliteren. De vierde witwasrichtlijn dient op 26 juni 2017 in de nationale wetgeving van de lidstaten te worden geïmplementeerd. Op grond van deze richtlijn wordt aan de lidstaten de *verplichting* opgelegd om de hiervoor omschreven vrijstelling in hun wetgeving op te nemen.

9.2.5 *Beperkingen op grond van de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU*

Uit de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU vloeit verder een aantal minimumvoorwaarden voort, waaraan eventuele uitzonderingen en beperkingen op het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt moeten voldoen.¹⁷⁷⁸

In het EVRM is de bescherming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt niet expliciet geregeld, maar algemeen wordt aanvaard dat de grondslag voor deze bescherming wordt gevonden in art. 6 en 8 EVRM. Uit de

¹⁷⁷⁷. Par. 4.2.7 en par. 5.9.5.

¹⁷⁷⁸. Zie hoofdstuk 4.

jurisprudentie vloeit voort dat het het in het algemeen belang wordt geacht, dat ieder zich vrij en vertrouwelijk voor juridisch advies en juridische bijstand tot een advocaat moet kunnen wenden. Het recht en de plicht van de advocaat om vertrouwelijk met zijn cliënt te kunnen communiceren, wordt met name beschermd door art. 8 EVRM. Het recht van de cliënt op vertrouwelijke communicatie met zijn advocaat is tevens een uitwerking van het recht om niet te hoeven mee te werken aan zijn eigen veroordeling. Op grond van art. 6 EVRM wordt het beroepsgeheim van de advocaat als noodzakelijke voorwaarde gezien voor het recht van de cliënt op een eerlijk proces. De vrije en onbelemmerde toegang tot een advocaat is een fundamentele voorwaarde voor het kunnen uitoefenen van het recht op verdediging.

De bescherming van het beginsel van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt is ook in de jurisprudentie met betrekking tot het EVRM niet absoluut, maar kan wijken voor een ander maatschappelijk belang. Inbreuken op de naleving van art. 8 EVRM en daarmee ook beperkingen op het beroepsgeheim, worden onderworpen aan een legaliteitstoets, een legitimiteitstoets en een noodzakelijkheidstoets. Dergelijke beperkingen moeten ook zijn voorzien van specifieke garanties ter bescherming van het beroepsgeheim, zoals de aanwezigheid van een onafhankelijk toezichthouder bij onderzoeken bij advocaten en de mogelijkheid van toetsing door een onafhankelijke rechter.

Ook in de rechtspraak van het HvJ EU heeft de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat de status van een fundamenteel algemeen rechtsbeginsel. De bescherming van de vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt, ook wel aangeduid als *legal privilege*, wordt in het recht van de EU gezien als een deelbeginsel van het meer omvattende verdedigingsbeginsel.¹⁷⁷⁹ In een aantal uitspraken in het kader van het mededingingsrecht heeft het HvJ EU zich uitgelaten over het *legal privilege* beginsel. Daarnaast heeft het HvJ EU de tweede witwasrichtlijn getoetst aan art. 6 EVRM.

In alle lidstaten geldt het als beginsel dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is onafhankelijk juridisch advies te geven aan een ieder die het behoeft. Als voorwaarden voor de bescherming van het beroepsgeheim op het niveau van het recht van de Europese Unie, geldt dat de met de advocaat gevoerde communicatie betrekking moet hebben op het recht van de verdediging van de cliënt en dat het moet gaan om communicatie met een onafhankelijke advocaat.

Het HvJ EU heeft voor de advocaat in loondienst in het kader van het Europese mededingingsrecht een uitzondering aanvaard op de bescherming van *legal*

¹⁷⁷⁹. Zie par. 4.4.

privilege ten aanzien van de 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 hiervoor beschreven context uitsluitend toe aan communicatie met een onafhankelijke advocaat.

9.2.6 Conclusie

Zowel naar huidig Nederlands als Europees recht zijn beperkingen en uitzonderingen toelaatbaar op het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de Nederlandse samenleving. In de *Notaris Maas*-beschikking is bepaald dat het verschoningsrecht van de advocaat berust op een algemeen rechtsbeginsel. Dit rechtsbeginsel beoogt rechtzoekenden de zekerheid te bieden dat ze in vertrouwelijkheid een advocaat kunnen raadplegen zodat ze onbelemmerd toegang hebben tot juridisch advies en bijstand en verdediging in procedures door een advocaat. Het rechtsbeginsel berust op een belangenafweging, op grond waarvan het belang van vertrouwelijke communicatie met een advocaat prevaleert boven het belang van de waarheidsvinding. Met het oog op de rechtszekerheid dient de afweging van belangen slechts in uitzonderlijke omstandigheden te worden heroverwogen. Het concept van de zeer uitzonderlijke omstandigheden is in de jurisprudentie van de Hoge Raad tot op heden niet in een algemene regel samengevat.

Om ervoor te waken dat het doel van het beginsel nog wordt bereikt, vloeit uit de jurisprudentie van het EVRM voort dat eventuele beperkingen of uitzonderingen moeten voldoen aan het beginsel van rechtszekerheid en onderworpen worden aan een legaliteitstoets, een legitimiteitstoets en een noodzakelijkheidstoets. Bovendien zijn dergelijke beperkingen/uitzonderingen slechts toelaatbaar indien ze zijn voorzien van specifieke garanties ter bescherming van het beroepsgeheim.

- 9.3 (a) Voldoet de huidige regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat in Nederland aan het algemene rechtsbeginsel van vertrouwelijke en onbelemmerde rechtshulp door een advocaat; (b) Voorzover de huidige regeling niet voldoet: op welke wijze zou deze moeten worden aangepast?

9.3.1 Inleiding

De regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht biedt de rechtzoekende in belangrijke mate de zekerheid dat in vertrouwen een advocaat kan worden geraadpleegd. De geheimhoudingsplicht van de advocaat is wettelijk

vastgelegd. Het verschoningsrecht vloeit voort en wordt beschermd in een aantal wettelijke bepalingen en is verheven tot algemeen rechtsbeginsel, waarvan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan worden afgeweken. De jurisprudentie van de HR biedt op veel punten voldoende richtlijnen om de inhoud en omvang van de bescherming van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en cliënt in te vullen. Veel van de in de jurisprudentie ontwikkelde regels zijn opgenomen in de NOvA-handleiding en de OM-Aanwijzing 2011.

In par. 5.10 heb ik echter ten aanzien van het Nederlandse recht een aantal punten gesignaleerd die niet voldoen aan het algemene rechtsbeginsel van vertrouwelijke en onbelemmerde rechtshulp door een advocaat. Ten aanzien van deze punten heb ik geconcludeerd dat de regelgeving en de toepassing van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in de praktijk in een aantal gevallen leiden tot rechtsonzekerheid, dan wel dat de regelgeving onvoldoende duidelijk of inzichtelijk is. Tevens heb ik geconcludeerd dat de uitleg of de toepassing van een aantal regels niet voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste of strijdig is met het doel van het verschoningsrecht. Aldus voldoet op deze punten de huidige regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet aan het algemene rechtsbeginsel van onbelemmerde en vertrouwelijke rechtshulp. Hiermee is onderdeel (a) van de tweede onderzoeksvraag in par. 5.10 reeds beantwoord.

In deze paragraaf kom ik terug op de gesignaleerde knelpunten en zal ik antwoord geven op onderdeel (b) van de tweede onderzoeksvraag door een aantal oplossingen aan te dragen. Daarbij heb ik mij in een aantal gevallen laten inspireren door oplossingen die zijn gekozen in het Franse en in het Engelse recht.

9.3.2 *Zeër uitzonderlijke omstandigheden*

In de *Notaris Maas*-beschikking is aanvaard dat in zeer uitzonderlijke omstandigheden het belang van vertrouwelijke communicatie met een advocaat moet wijken voor het belang van de waarheidsvinding. Zoals in par. 5.10.2 aan de orde kwam, is het voor rechtzoekenden en advocaten niet voldoende voorzienbaar welke factoren bij het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden de doorslag zullen geven. Er blijft hier in ieder geval ruimte voor een individuele afweging van de rechter. Dit uitgangspunt rijmt niet met de ratio van het verschoningsrecht en met het belang van de rechtszekerheid voor de rechtzoekende die zich tot een advocaat wendt. De individuele afweging die door een rechter kan worden gemaakt om te bepalen of zeer uitzonderlijke omstandigheden worden aangenomen voldoet naar mijn mening niet aan de legaliteitseis, omdat de rechtsgrond voor de uitzonderingen niet voorzienbaar en evenmin toegankelijk zijn en niet strikt zijn ingekaderd.

Ten aanzien van advocaten blijkt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat het vrijwel altijd gaat om verdenking van de advocaat van een als ernstig gekwalificeerd strafbaar feit. Uit recente jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat voor het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden met name doorslaggevend wordt geacht of de verdenking van de advocaat samenhangt met de kern van de werkzaamheden van de advocaat en of de advocaat misbruik heeft gemaakt van zijn bijzondere positie, waardoor het vertrouwen in de beroepsuitoefening wordt aangetast.

In Frankrijk en Engeland zijn uitzonderingen op het *beginsel* van vertrouwelijkheid, indien wordt aangenomen dat andere, hogere belangen dienen te prevaleren, wettelijk vastgelegd. Bovendien is in beide landen in de jurisprudentie een beperking aanvaard op de reikwijdte van het beginsel van vertrouwelijkheid voor het geval de cliënt de advocaat heeft ingeschakeld teneinde het plegen van een strafbaar feit mogelijk te maken of te bevorderen. In die omstandigheden kan de advocaat of de cliënt geen beroep doen op bescherming van het beroepsgeheim, omdat dergelijke werkzaamheden niet worden geacht onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat te vallen. Een cliënt kan in dat geval niet gerechtvaardigd vertrouwen dat zijn communicatie met de advocaat wordt beschermd.

Zoals ik in par. 5.10.2 aangaf, ben ik van oordeel dat ook in Nederland een dergelijke situatie niet kan worden geacht onder de bescherming van het verschoningsrecht te vallen. Indien een advocaat wordt verdacht van het op verzoek van of in overleg met zijn cliënten faciliteren, (mede) plegen of verhullen van een (ernstig) strafbaar feit, is een advocaat niet in hoedanigheid benaderd. Naar mijn mening staat in zo'n geval de vraag of de tussen de advocaat en zijn cliënt gewisselde stukken door het verschoningsrecht worden beschermd los van de vraag of er zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zijn. De voorvragen die in dat geval gesteld zouden moeten worden, is of de cliënt de advocaat wel *in hoedanigheid* van advocaat heeft benaderd en of de advocaat *in hoedanigheid* heeft gehandeld. Dat is mijns inziens niet het geval.

Met het oog op de rechtszekerheid en de voorzienbaarheid is het aan te bevelen de zeer uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan het belang van het verschoningsrecht dient te wijken voor het belang van de waarheidsvinding wettelijk te verankeren. Een voorbeeld van een zeer uitzonderlijke omstandigheid zou kunnen zijn het voorkomen van levensbedreigende omstandigheden.

Daarnaast zou in de wet moeten worden vastgelegd, dat indien de cliënt de advocaat heeft ingeschakeld teneinde het plegen van een strafbaar feit mogelijk te maken of te bevorderen, de advocaat geen beroep kan doen op bescherming van het beroepsgeheim, omdat dergelijke werkzaamheden niet worden geacht onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat te vallen. Dit zou bijvoorbeeld

kunnen plaatsvinden in het kader van de door mij aanbevolen uitwerking van het in de wet opgenomen begrip ‘in hoedanigheid’ (zie par. 9.3.4).

9.3.3 *Bescherming vertrouwelijke communicatie bij een doorzoeking en waarborg deken*

Zoals geconcludeerd in par. 5.10.3 is de in 2015 gewijzigde tekst van art. 98 Sv niet goed doordacht en biedt deze nauwelijks handvatten voor de procedure van toetsing van een beroep op het verschoningsrecht ingeval van een doorzoeking bij een advocaat. Deze nieuwe regeling geeft onvoldoende de gaandeweg, met het oog op de bescherming van het beroepsgeheim en verschoningsrecht, in de jurisprudentie ontwikkelde regels weer. Uit een aantal in par. 5.9 besproken uitspraken blijkt dat de rechter niet altijd marginaal toetst en dat niet helder uit de jurisprudentie en uit regelgeving voortvloeit wanneer, door wie en onder welke voorwaarden mag worden kennis genomen van de in beslag te nemen stukken.

Bovendien is de rol van de deken bij een doorzoeking bij advocaten niet wettelijk vastgelegd. Eén van de in de jurisprudentie van het EHRM als wezenlijk aanvaarde specifieke waarborgen van het beroepsgeheim is de inschakeling van een onafhankelijk toezichthouder zoals de deken, om (onder meer) de advocaat voor te lichten en toezicht te houden bij de selectie van stukken en bij de oordeelsvorming of stukken onder het verschoningsrecht vallen. Evenmin is in art. 98 Sv geregeld dat, als er geen sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, het in beginsel aan de advocaat is om te oordelen of stukken onder het verschoningsrecht vallen, tenzij bij de rechter redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan dat dit standpunt onjuist is.

De legaliteitseis bij de procedure van toetsing van een beroep op het verschoningsrecht bij doorzoeking en inbeslagneming bij advocaten is naar mijn mening niet voldoende gewaarborgd. Bovendien ontbreken specifieke waarborgen ter bescherming van het beroepsgeheim. Op dit punt kan inspiratie worden geput uit de Franse regeling op dit gebied. In art. 56-I CPP is een uitvoerige regeling opgenomen die het kantoor en de woning van de advocaat beschermen bij een doorzoeking ter inbeslagneming. In deze procedure is de aanwezigheid van de deken bij een doorzoeking verplicht voorgeschreven. De deken heeft het recht zich te verzetten tegen een voorgenomen inbeslagneming door de rechter-commissaris. In de regeling is bepaald dat slechts de deken en de rechter-commissaris de stukken mogen inzien. De bepaling voorziet ook in een bijzondere verzetsprocedure voor de *juge des libertés et de la détention*. De *juge des libertés* kan ook kennisnemen van de stukken. Binnen 5 dagen na ontvangst van de stukken volgt een

gemotiveerde, niet voor hogere voorziening vatbare beslissing. De toetsing van de rechtmatigheid van het beslag berust aldus bij een rechter die noch als onderzoeksrechter, noch als rechter in de hoofdzaak bij de zaak betrokken is. Deze Franse regeling kan mijns inziens als inspiratie dienen voor een aanpassing van art. 98 Sv (zie aanbeveling 2).

9.3.4 *Koppeling beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt aan beroepsuitoefening advocaat*

In par. 5.7.2 en par. 5.9 kwam aan de orde dat in het kader van doorzoekingen discussies worden gevoerd of stukken zijn opgesteld of uitgewisseld in het kader van werkzaamheden, waarvan betwijfeld wordt of deze werkzaamheden van de advocaat onder zijn 'gebruikelijke beroepsuitoefening' vallen. In par. 5.10.4 heb ik geconcludeerd dat het koppelen van het verschoningsrecht aan bepaalde werkzaamheden van de advocaat afbreuk doet aan de voor de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt vereiste rechtszekerheid. Het uitbreidende palet van werkzaamheden van de advocaat zou mijns inziens geen consequenties moeten hebben voor de reikwijdte van het verschoningsrecht, zolang de advocaat is benaderd om in een juridische context en met het oog op zijn beroepsspecifieke kennis een rechtzoekende te adviseren en/of in rechte bij te staan en zolang de advocaat ook in die hoedanigheid werkzaam is geweest.

In Engeland is veel jurisprudentie en literatuur voorhanden, die ter inspiratie kunnen dienen voor een afgrenzing van wat als gebruikelijke, bij een advocaat horende, werkzaamheden kunnen worden aangemerkt.^{178o} Uit deze jurisprudentie blijkt bijvoorbeeld, dat 'juridisch advies' ruim wordt uitgelegd en ook een advies kan omvatten 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 volgt uit dezelfde jurisprudentie 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 Engeland 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

178o. Zie par. 7.5 en 7.6

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.

Zoals in par. 5.10.4 aan de orde kwam, blijkt uit de voorbereidende (discussie) stukken in het kader van de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering de gedachte om het verschoningsrecht te koppelen aan bepaalde werkzaamheden van de advocaat.¹⁷⁸¹ Ook volgt hieruit, dat de Minister een aantal uitzonderingen op de reikwijdte van het verschoningsrecht wenst te codificeren, waarin als voorbeeld wordt genoemd correspondentie tussen derden die in cc naar de verschoningsgerechtigde is verzonden. Het lijkt mij wenselijk om voorop te stellen, dat communicatie met derden onder het verschoningsrecht kan vallen, mits er een duidelijke link is met de dienstverlening door de advocaat en vertrouwelijkheid is beoogd.

Vertegenwoordigers van het OM hebben in publicaties voorgesteld om de reikwijdte van het verschoningsrecht te beperken tot uitsluitend communicatie tussen advocaat en cliënt.¹⁷⁸² Dit uitgangspunt leidt volgens hen in de praktijk tot problemen bij doorzoeken, waarbij, in mijn ogen onnodige, discussies ontstaan over de vraag of bepaalde stukken onder het verschoningsrecht vallen. Een dergelijke algehele uitsluiting van communicatie met derden, acht ik in strijd met het doel van het verschoningsrecht.

In Frankrijk is in de wet en in Orderegelgeving uitvoerig beschreven welke informatie wordt beschermd door het *secret professionnel*. Een dergelijke, niet-limitatieve, beschrijving zou onnodige discussies kunnen vermijden. In Engeland is communicatie met derden uitsluitend beschermd indien er een verband is met een verwachte, voorgenomen of aanhangige procedure. Een dergelijke oplossing biedt het voordeel van duidelijkheid. Mijns inziens zou een beperking van bescherming onder het verschoningsrecht tot communicatie met derden uitsluitend in de context van procedures echter te beperkt zijn. Ook bij het verlenen van juridisch advies over een contract kan het voorkomen dat een advocaat voor een goede advisering advies van een derde-deskundige nodig heeft.

Met het oog op de rechtszekerheid zou het aan te bevelen zijn in de wet het begrip ‘in hoedanigheid’ ten aanzien van de advocaat nader uit werken. Het Franse recht en het Engelse recht – met uitzondering van de in Engeland gekozen oplossing ten aanzien van de communicatie met derden – kunnen als inspiratie dienen.

1781. par. 5.10.4. en par. 5.10.5.

1782. Zie bijv. Van der Boon 2015.

9.3.5 'Advies' in Wwft

Niet-procesgebonden juridische advisering, bijvoorbeeld: het geven van juridisch advies bij het opstellen van een overeenkomst, valt in Nederland niet onder de Wwft-vrijstelling voor de op advocaten rustende meldplicht op grond van deze wet. Zoals ik aangaf in par. 5.10.6 houdt dit naar mijn mening een te vergaande beperking in van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt.

Deze beperking op het beroepsgeheim en het verschoningsrecht is noch in lijn met de derde witwasrichtlijn, noch met de vóór 26 juni 2017 in het Nederlandse recht te implementeren vierde witwasrichtlijn. Evenmin voldoet deze beperking aan het noodzakelijkheidsvereiste in de zin van art. 8 EVRM. Op dit punt zou ook inspiratie kunnen worden opgedaan in de Franse en Engelse wetgeving. Hierin is het verlenen van juridisch advies vrijgesteld van de meldplicht. In beide landen geldt een uitzondering hierop als informatie is uitgewisseld of is gegeven met het oogmerk een crimineel doel te vergemakkelijken (*crime-fraud exception*). Een dergelijke oplossing kan ter inspiratie dienen voor het Nederlandse recht.

9.3.6 *Corpora et instrumenti delicti*

Waar voorheen als voorbeelden van 'corpora et instrumenti delicti' geantedateerde documenten, vervalste stukken of afpersingsbrieven werden genoemd, lijkt (met name) een uitspraak van de HR uit januari 2016 ruimte te bieden voor een extensieve interpretatie van dit begrip.¹⁷⁸³ In par. 5.10.7 concludeerde ik dat een dergelijke extensieve interpretatie zou kunnen worden opgevat als een beperking van de reikwijdte van het verschoningsrecht. Dit lijkt op gespannen voet te staan met het uitgangspunt, dat beperkingen op het beroepsgeheim en het verschoningsrecht strikt moeten zijn ingekaderd en leidt bovendien tot een onwenselijke rechtsonzekerheid. Het is aan te bevelen om op dit punt in regelgeving meer helderheid te verschaffen, met name ten aanzien van het onderdeel 'instrumenti delicti'.

9.3.7 *Aftappen communicatie*

Bij het tappen van communicatie tussen een advocaat en cliënt, kan – indien het nummerherkenningssysteem niet werkt – nog steeds een officier van justitie kennis nemen van vertrouwelijke communicatie.¹⁷⁸⁴ In par. 5.10.8 concludeerde ik dat dit in strijd is met de ratio van het verschoningsrecht. Bovendien wordt de deken

¹⁷⁸³. Zie par. 5.10.7.

¹⁷⁸⁴. Par. 5.10.8.

enkel ingeschakeld als het gaat om het af luisteren van een verdachte advocaat. De inschakeling van de deken is niet wettelijk vastgelegd.

In Frankrijk is wel in de wet de verplichting tot inschakeling van de deken opgenomen bij de interceptie van de telefoonlijn van het kantoor of de woning van de advocaat. Tevens is het op straffe van nietigheid verboden dat met een advocaat onderschepte communicatie wordt uitgewerkt, als de communicatie is gevoerd in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging. Net als in Frankrijk, zou in Nederland de inschakeling van de deken bij het af luisteren van de telefoonlijn van het kantoor of de woning van de advocaat moeten worden vastgelegd.

Het door de EHRM als afdoende sanctie aangemerkt door art. 359a Sv voorziene rechtsgevolg van niet-ontvankelijkheid als de vernietigingsplicht niet wordt nageleefd, wordt niet vaak toegepast. In het merendeel van de geconstateerde gevallen van niet-naleving van de vernietigingsplicht is de sanctie in de praktijk bewijsuitsluiting of strafvermindering. Zoals ik in par. 5.10.8 aangaf wijkt de rechtspraak in Nederland af van de door het EHRM als relevant aangemerkte argumenten om de toets van art. 8 EVRM te kunnen doorstaan.

In deze paragraaf gaf ik tevens aan dat in 2015 naar aanleiding van het af luisteren van advocaten door de AIVD bovendien is gebleken, dat de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (Wiv) onvoldoende waarborgen biedt ter bescherming van het recht op vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt en niet voldoet aan de rechtspraak van het EHRM.¹⁷⁸⁵ Het af luisteren van advocaten is slechts in bijzondere omstandigheden toegestaan en moet zijn voorzien van een vorm van onafhankelijk toezicht door een orgaan dat de mogelijkheid heeft het tappen te voorkomen of te beëindigen. Daarnaast mogen volgens de rechter de diensten hieruit verkregen informatie slechts in uitzonderlijke gevallen – bij voorbeeld ter voorkoming van een terroristische aanslag – en na een onafhankelijke rechterlijke toets – aan het OM doorspelen. Thans is een wetsvoorstel tot wijziging van de Wiv aanhangig. In de aanpassing van de Wiv dienen de hiervoor genoemde waarborgen te worden opgenomen.

9.3.8 *Conclusie*

De regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht biedt de rechtzoekende in belangrijke mate de zekerheid dat in vertrouwen een advocaat kan worden geraadpleegd. De geheimhoudingsplicht van de advocaat is

¹⁷⁸⁵. Zie par. 5.8.5 en 5.10.8.

wettelijk vastgelegd. Zoals ik aangaf voldoet de huidige regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat in Nederland echter op de in deze paragraaf naar voren gebrachte punten niet aan het algemene rechtsbeginsel van vertrouwelijke en onbelemmerde rechtshulp door een advocaat. Ik heb voorts in deze paragraaf een aantal oplossingen aangedragen om de Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht te verbeteren. In par. 9.4 doe ik een aantal aanbevelingen tot aanpassing van het Nederlandse recht. Aldus is ook subonderdeel (b) van de tweede onderzoeksvraag beantwoord.

9.4 Aanbevelingen

- 1) Het wettelijk verankeren van het concept van de zeer uitzonderlijke omstandigheden. Als voorbeeld van een zeer uitzonderlijke omstandigheid zou kunnen worden genoemd het voorkomen van levensbedreigende omstandigheden;
- 2) Het opnemen in de wet (Sv) van duidelijke handvatten voor de procedure van toetsing van een beroep op het verschoningsrecht bij doorzoeking en inbeslagname bij een advocaat, waaronder begrepen de bevoegdheid tot het kennisnemen van in beslag te nemen of in beslag genomen stukken;
- 3) Het wettelijk verankeren van de rol van de deken bij doorzoeking en inbeslagname bij een advocaat en bij het tappen van communicatie met een advocaat;
- 4) Het uitwerken van het in de wet opgenomen begrip ‘in hoedanigheid’, in die zin dat zowel procesgerelateerde werkzaamheden van de advocaat als niet-procesgerelateerde werkzaamheden onder de reikwijdte van het verschoningsrecht vallen, zolang de advocaat is benaderd om in een juridische context en met het oog op zijn beroepsspecifieke kennis een rechtzoekende te adviseren en/of in rechte bij te staan. Daarbij moet ook worden bepaald dat indien de cliënt de advocaat heeft ingeschakeld teneinde het plegen van een strafbaar feit mogelijk te maken of te bevorderen, de advocaat geen beroep toekomt op bescherming van het beroepsgeheim, omdat dergelijke werkzaamheden niet worden geacht onder de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat te vallen;
- 5) Het verlenen van niet-procesgebonden juridische advisering onder de Wwft-vrijstelling laten vallen. Hierbij dient een uitzondering te worden opgenomen voor het geval dat 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 eerste verkennend gesprek dient vrijgesteld van de meldingsplicht te blijven om de advocaat in de gelegenheid te stellen zijn (potentiële) cliënt bepaalde voorgenomen transacties af te raden of zich als advocaat terug te trekken;

- 6) Het in de wet bevestigen dat communicatie met derden onder de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht valt, mits er een duidelijke link is met de dienstverlening door de advocaat en vertrouwelijkheid is beoogd.
- 7) Het vaststellen van duidelijke richtlijnen voor een strikte inkadering van het begrip 'corpora et instrumenti delicti';
- 8) Het wijzigen van de wettelijke regeling ten aanzien van de telefoontap, waarbij het primaat niet langer bij de officier van justitie ligt. Het in de wet opnemen van garanties, dat ook bij het uitoefenen van toezichtbevoegdheden door andere instanties, zoals de AIVD, voldoende waarborgen worden ingebouwd ter bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaat en cliënt.