



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.

SAMENVATTING

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat

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

In hoofdstuk 1 heb ik het doel en de opzet van mijn onderzoek weergegeven. Mijn onderzoek richt zich op de toepassing van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de Nederlandse rechtsorde. 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. Een rechtzoekende die een advocaat nodig heeft om inzicht te krijgen in zijn rechtspositie of om zijn rechten te kunnen effectueren, moet de kwestie die hij aan de advocaat voorlegt in volstrekte vertrouwelijkheid kunnen bespreken. Voorkomen moet worden dat een rechtzoekende uit angst voor openbaarheid bepaalde, met het oog op de juridische advisering relevante, feiten niet met zijn advocaat deelt.

De vertrouwelijkheid in de relatie advocaat-clieënt wordt in Nederland gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en, in het verlengde daarvan, het verschoningsrecht. Dit laatste houdt kort gezegd in: het recht van de advocaat om tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, zijn geheimhoudingsplicht ten aanzien van zijn cliënt gestand te kunnen doen. De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat zijn summier wettelijk geregeld. De omvang en reikwijdte ervan zijn voornamelijk in de jurisprudentie ingevuld.

In 1985 heeft de Hoge Raad in de *Notaris Maas*-beschikking bepaald dat het verschoningsrecht van bepaalde beroepsbeoefenaren met een vertrouwenspositie is gebaseerd op een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel.¹⁷⁸⁶ Op grond van dit algemene rechtsbeginsel moet bij het inschakelen van deze vertrouwenspersonen het belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, wijken voor het maatschappelijk belang dat 'ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor

1786. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (ECLI:NL:HR:1985:AC9066), m.nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176.

openbaarmaking van het besprokene tot hen moet kunnen wenden voor bijstand en advies'. De advocaat is één van de hier bedoelde vertrouwenspersonen. Dit algemene rechtsbeginsel beoogt rechtzoekenden de zekerheid te bieden, dat ze in volstrekte vertrouwelijkheid een advocaat kunnen raadplegen teneinde onbelemmerde toegang te hebben tot bijstand en verdediging door een advocaat in juridische procedures en tot deskundig juridisch advies door een advocaat. Uit de *Notaris- Maas* beschikking vloeit ook voort dat eventuele beperkingen en uitzonderingen op dit algemene rechtsbeginsel met het oog op de rechtszekerheid slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden toelaatbaar zijn.

De destijds door de Hoge Raad gemaakte belangenafweging staat onder druk. Uit een aantal maatschappelijke ontwikkelingen blijkt van een tendens om meer beperkingen op dit rechtsbeginsel toe te laten. Een van deze ontwikkelingen is dat de afgelopen jaren een toenemend belang wordt gehecht aan criminaliteitsbestrijding en de bevordering van veiligheid.¹⁷⁸⁷ In politieke discussies en in publieke uitingen van of namens het OM wordt in dit verband wel als argument gebruikt dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat een hinderpaal vormen in de strijd tegen criminaliteit en naar reikwijdte en omvang beperkt zouden moeten worden.¹⁷⁸⁸ Uit recente wetgeving en wetsvoorstellen kan worden afgeleid dat de wetgever gevoelig is voor dit argument en geneigd is het belang van het voorkomen en bestrijden van criminaliteit te laten prevaleren boven het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt.¹⁷⁸⁹

In mijn onderzoek evalueer ik de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Ik heb daarbij onderzocht of en zo ja, onder welke voorwaarden uitzonderingen en beperkingen toelaatbaar zijn, zonder afbreuk te doen aan het algemene rechtsbeginsel dat vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en cliënt beoogt te waarborgen. Daarbij heb ik de in de Nederlandse rechtsorde doorwerkende hoofdregels en minimumvoorwaarden die voortvloeien uit Europese regelgeving en uit de jurisprudentie van het EHRM en het HvJ EU betrokken.

1787. Zie bijv. het kabinetsstandpunt d.d. 27 oktober 2003 inzake het WRR- rapport 2002, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 1, p. 11. Zie ook het door het kabinet in 2006 gepresenteerde veiligheidsprogramma "Naar een veiliger samenleving", *Kamerstukken II* 2002-03, 28 684, nr. 1.

1788. Zie bijv. Mooijen 2013, Van der Boon 2015. Beantwoording Kamervragen van 13 augustus 2005, *Kamerstukken II* 2014-15, Aanhangsel 3029.

1789. Zie art. 16 jo 23 lid 1 van de Wet ter voorkoming en financiering van witwassen en terrorisme (Wwft). Zie de MvT bij de Wet verruiming mogelijkheden bestrijding financieel-economische criminaliteit, *Kamerstukken II* 2012-2013, 33 685, nr. 3, p. 2, 10 en 11. Zie de brief van de minister van justitie en veiligheid aan de Tweede Kamer d.d. 24 november 2015, kenmerk 703969.

De twee hoofdvragen die centraal staan in dit onderzoek luiden als volgt:

- 1) 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?
- 2) (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) Voor zover de huidige regeling niet voldoet: op welke wijze zou deze moeten worden aangepast?

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.

In hoofdstuk 2 heb ik in grote lijnen een beeld geschetst van het beroep advocaat, zoals dat in Nederland, Frankrijk en Engeland werd en wordt uitgeoefend. Het beroepsgeheim van de advocaat in de drie onderzochte landen vloeit immers voort uit de aard van het door de advocaat uitgeoefende beroep en is van oudsher gekoppeld aan de rol en de specifieke kenmerken van het beroep advocaat. Ik ben in dit hoofdstuk nagegaan of in de drie onderzochte landen “de aard van het beroep” van de advocaat wel voldoende overeenkomsten heeft om een zinvolle vergelijking te maken van het beginsel van vertrouwelijkheid in de onderzochte landen. Dat is naar mijn mening het geval.

Ondanks verschillen in beroepsregulering, organisatie en op sommige punten ook wijzen van beroepsuitoefening, vervult de advocaat in de drie landen een centrale rol in de rechtsbedeling en in de effectuering van rechten van rechtzoekenden. De advocaat vervult hiermee een belangrijke maatschappelijke taak. In Nederland wordt als kerntaak van de advocaat aangemerkt het waarborgen van de rechtspositie van zijn cliënt. De advocaat vervult deze taak zowel door het geven van juridisch advies als door het vertegenwoordigen en verdedigen van cliënten in juridische procedures en conflicten. In Frankrijk is de advocaat een *auxiliaire de justice*, die bijdraagt aan de rechtsbedeling door het adviseren, bijstaan en vertegenwoordigen van de cliënt. In Engeland hebben de *solicitor* en de *barrister* eveneens een belangrijke rol in de rechtsbedeling en worden zij geacht voor rechtzoekenden de toegang tot het recht en de rechter te verzekeren. Zowel de *solicitor* als de *barrister* heeft de taak om cliënten van juridisch advies en juridische bijstand te voorzien. Daarnaast vertegenwoordigen en verdedigen zij hun cliënten in gerechtelijke procedures.

Om zijn kerntaak goed te kunnen vervullen worden in Nederland, Frankrijk en Engeland aan de advocaat bepaalde eisen gesteld en moeten 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 Nederland, Frankrijk en Engeland worden eisen gesteld aan de deskundigheid van de advocaat. Ook 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. In de drie landen zijn voor het merendeel gelijke of vergelijkbare kernwaarden van de advocaat benoemd, waaronder de kernwaarde ‘vertrouwelijkheid’.

In hoofdstuk 3 heb ik voor ieder van de gekozen rechtsstelsels beschreven wat de grondslag en wat de functie is van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt.

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 het *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*.¹⁷⁹⁰ Deze *equity* regel is gebaseerd op het algemene belang dat vertrouwelijke professionele communicatie moet worden beschermd.

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’.¹⁷⁹¹ Op grond van een belangenafweging prevaleert in het Nederlandse

1790. 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.

1791. Zie noot 368.

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 het *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 voor het verschoningsrecht geldt is in Engeland de grondslag voor het *legal professional privilege* gebaseerd op een afweging van twee botsende maatschappelijke belangen, waarbij het belang dat wordt gediend door het *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.

Uit dit hoofdstuk komt naar voren dat in Nederland, Frankrijk en Engeland de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt een algemeen maatschappelijk belang dient, dat erop gericht is aan de rechtzoekende onbelemmerde toegang tot deskundig juridisch advies van en noodzakelijke juridische bijstand door een advocaat in en buiten rechte te garanderen. Er wordt in de drie rechtstelsels 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.

In hoofdstuk 4 heb ik uit Europese regelgeving en jurisprudentie van het EHRM en HvJ EU een aantal hoofdregels en minimumvoorwaarden ter bescherming van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt geïnventariseerd en geanalyseerd. Deze hoofdregels en minimumwaarborgen maken onderdeel uit van de toetsingscriteria in mijn onderzoek.

In diverse Europese regelingen is het beroepsgeheim van de advocaat opgenomen. Het beroepsgeheim van de advocaat wordt hierin erkend als algemeen fundamenteel beginsel, dat gemeenschappelijk is voor de beroepsuitoefening van de

advocaat binnen de Europese Unie en ten grondslag ligt aan de op advocaten in de EU toepasselijke beroeps- en gedragsregels. Het uitgangspunt dat het beginsel van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt bescherming geniet in een groot aantal ons omringende West-Europese staten, komt bijvoorbeeld naar voren in (1) een Gedragscode en een Handvest van de CCBE, de overkoepelende organisatie van Europese balies, (2) een aanbeveling van het Comité van de Ministers van de Raad van Europa en (3) een aantal Europese richtlijnen. Daarnaast wordt het beginsel van vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt ook beschermd in de jurisprudentie van het EHRM en van het HvJ EU.

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

De bescherming van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt op grond van art. 8 EVRM is niet absoluut, in die zin dat het in uitzonderlijke gevallen dient te wijken voor een ander maatschappelijk algemeen belang. Op grond van de jurisprudentie van het EHRM is een inbreuk op of beperking van het beroepsgeheim van de advocaat slechts in bijzondere omstandigheden toegestaan. Een dergelijke inbreuk moet in ieder geval voldoen aan de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de noodzakelijkheidstoets. Bovendien moeten er adequate en toereikende waarborgen zijn ter bescherming van het beroepsgeheim en ter voorkoming van mogelijke misbruik en willekeur door de overheid. Zowel de uitzonderingen op en beperkingen van het beroepsgeheim als de waarborgen ter bescherming van het beroepsgeheim dienen bij voorkeur een wettelijke basis te hebben. Als adequate en toereikende waarborgen zijn door het EHRM bijvoorbeeld aangemerkt: de (voorafgaande) controle of machtiging door een rechter; de aanwezigheid tijdens een doorzoeking ter inbeslagneming van een onafhankelijke waarnemer of toezichthouder; de mogelijkheid van een effectief rechtsmiddel om een inbreuk op het beroepsgeheim aan te vechten, en; indien nodig, het kennisnemen van de communicatie overlaten aan een rechter die niet betrokken is bij de procedures en die een geheimhoudingsplicht heeft.

Ook uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat het beroepsgeheim van de advocaat wordt beschermd. De vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt dient het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft. Dit beginsel, ook wel aangeduid als *legal privilege*, wordt in het recht van de EU gezien als een deelbeginsel van het meer omvattende verdedigingsbeginsel. Om in aanmerking te komen voor bescherming van het beroepsgeheim op het niveau

van het recht van de Europese Unie, moet de met de advocaat gevoerde communicatie hebben plaatsgevonden in het kader van het recht van verdediging van de cliënt en moet er sprake zijn van communicatie met een onafhankelijke advocaat.

In de Europese anti-witwasrichtlijnen wordt zowel in de considerans als in de bepalingen zelf, uitdrukkelijk rekening gehouden met het beroepsgeheim van de advocaat. Het EHRM heeft geconcludeerd dat de uit deze anti-witwasrichtlijnen voortvloeiende meldingsplicht voor advocaten, zoals deze in Frankrijk is geïmplementeerd, geen disproportionele inbreuk vormt op het beroepsgeheim van advocaten als beschermd door art. 8 EVRM. Het EHRM hechtte belang aan de wijze waarop in de Franse wetgeving een uitzondering op de meldingsplicht is opgenomen. Als gevolg van deze uitzondering zijn zowel werkzaamheden betrekking hebbende op gerechtelijke procedures als het verlenen van juridisch advies vrijgesteld van de meldingsplicht, tenzij de informatie is verkregen met het oogmerk van witwassen of financieren van terrorisme, of in de wetenschap dat de client advies verlangt met als doel het witwassen van geld of financieren van terrorisme. Een andere belangrijke waarborg voor het beroepsgeheim achtte het Hof de bepaling dat de meldingen aan de deken moeten worden gedaan. Het HvJ EG heeft ten aanzien van de meldingsplicht voor advocaten, zoals deze voortvloeide uit de tweede witwasrichtlijn, geoordeeld dat deze geen inbreuk maakt op het recht van een eerlijk proces ex art. 6 EVRM.

In hoofdstuk 5 wordt de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat beschreven. In Nederland geldt de verplichting tot geheimhouding van de advocaat 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'.¹⁷⁹² De geheimhoudingsplicht is wettelijk verankerd. Opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht door de advocaat is strafbaar gesteld. Daarnaast kunnen tegen een advocaat die de geheimhoudingsplicht schendt tuchtrechtelijke maatregelen worden genomen.

Aan de geheimhoudingsplicht van de advocaat is ook diens recht gekoppeld om zich, ten aanzien van hetgeen hem in die hoedanigheid is toevertrouwd, van de getuigplicht te verschonen. Dit verschoningsrecht zorgt er kort gezegd voor, dat de advocaat tegenover iedereen, ook tegenover de rechter en andere instanties mag zwijgen over zaken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen. Het verschoningsrecht van de advocaat vindt zijn grondslag in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel. Dit rechtsbeginsel brengt met zich mee dat het algemeen

1792. Zie noot 329.

maatschappelijk belang van waarheidsvinding moet wijken voor het algemeen maatschappelijk belang van vertrouwelijke en onbelemmerde rechtshulp.

Het verschoningsrecht van de advocaat wordt ook beschermd in een aantal specifieke rechtsgebieden en procedures. De wetgever heeft bijvoorbeeld bepaald, dat tegen verschoningsgerechtigden een aantal strafvorderlijke bevoegdheden niet kan worden toegepast.

De wet- en regelgeving ten aanzien van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht is summier zodat de invulling hiervan grotendeels aan de rechter is overgelaten. De jurisprudentie en literatuur bieden voor een groot deel voldoende aanknopingspunten om in individuele gevallen te kunnen beoordelen of communicatie of stukken onder het verschoningsrecht vallen. Uit vaste rechtspraak komt naar voren dat het verschoningsrecht een wezenlijke rol vervult in de toegang van de rechtzoekende tot onbelemmerde rechtshulp. De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn echter niet absoluut, in die zin dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht opzij kunnen worden gezet door een wettelijke plicht of in uitzonderlijke gevallen kunnen worden doorbroken als andere, hogere, belangen prevaleren.

Ik heb in dit hoofdstuk een aantal knelpunten in de Nederlandse huidige regeling gesignaleerd, waaruit naar voren komt dat de regelgeving en de toepassing van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in de praktijk in sommige gevallen leiden tot rechtsonzekerheid, dan wel dat de regelgeving onvoldoende duidelijk of inzichtelijk is. Daarnaast heb ik gesignaleerd dat een aantal regels, de uitleg of de toepassing ervan, niet voldoet aan het noodzakelijkheidsvereiste of strijdig is met het doel van het verschoningsrecht. Ik heb geconcludeerd dat de Nederlandse regeling op deze punten niet voldoet aan het algemene rechtsbeginsel van vertrouwelijke en onbelemmerde rechtshulp door een advocaat.

In hoofdstuk 6 komt de regeling van het *secret professionnel* in Frankrijk aan de orde. Het *secret professionnel* vormt een van de wezenskenmerken van de beroepsuitoefening door de advocaat. Het *secret professionnel* omvat zowel het recht van de advocaat en de cliënt op vertrouwelijke communicatie tussen hen als de plicht van de advocaat tot geheimhouding. De advocaat is de *confident nécessaire* van de cliënt. Het wordt als een algemeen maatschappelijk belang gezien dat een ieder zich in vertrouwen en zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat kan wenden voor juridische bijstand en advies. Het beroepsgeheim van de advocaat is van openbare orde, algemeen (ten aanzien van eenieder geldend), absoluut en niet beperkt in tijd. Een advocaat kan niet verplicht worden als getuige in rechte een verklaring af te leggen.

Het *secret professionnel* van de advocaat is vastgelegd en vloeit voort uit wettelijke bepalingen, uitvoerende regelgeving en orderegels. Het is wettelijk vastgelegd dat onder de reikwijdte van het beroepsgeheim zowel adviserende werkzaamheden als procesgerelateerde werkzaamheden vallen. Ondanks de ondubbelzinnige wets tekst, zijn er nog steeds uitspraken, met name van 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. Schending van het beroepsgeheim door de advocaat en andere *confidants nécessaires* is strafbaar gesteld. Daarnaast kunnen tegen een advocaat die de geheimhoudingsplicht schendt tuchtrechtelijke maatregelen worden genomen.

De wetgever heeft aan de bevoegdheid tot het invoeren van het *secret professionnel* gekoppeld dat tegen advocaten een aantal strafvorderlijke bevoegdheden niet kan worden toegepast. Zo geniet het kantoor van de advocaat speciale bescherming. Doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat mag op grond van de wet slechts onder strikte voorwaarden geschieden. Art. 56-1 CPP regelt uitvoerig de specifieke procedure van doorzoeking en inbeslagneming bij een advocaat. Eén van de waarborgen ter bescherming van het *secret professionnel* die hierin is opgenomen is de verplichte tussenkomst van de deken. In de regeling is opgenomen dat slechts de deken en de rechter-commissaris stukken mogen inzien om te beoordelen of deze stukken in beslag kunnen worden genomen. Art. 56-1 CPP voorziet ook in een speciale verzetsprocedure voor de *juge des libertés et de la détention*.

Hoewel de *secret professionnel* in Frankrijk als een absoluut beginsel wordt beschouwd, is in de reikwijdte een aantal uitzonderingen en beperkingen aanvaard.

In hoofdstuk 7 wordt het *legal professional privilege* in Engeland behandeld. Het *legal professional privilege* wordt in het Engelse recht beschouwd als een belangrijk algemeen rechtsbeginsel in common law en als een fundamenteel mensenrecht, dat wordt beschermd door art. 6 en 8 EVRM. Het *legal professional privilege* kan worden vergeleken met het Nederlandse verschoningsrecht. Een verschil is dat het in Engeland de cliënt is die de zeggenschap heeft over *legal professional privilege*. De cliënt of namens hem zijn advocaat kan met een beroep op *legal professional privilege* niet worden verplicht om vertrouwelijke communicatie over te leggen of daarin inzage te geven.

Het is sinds het arrest *Three Rivers 6* algemeen aanvaard dat *legal professional privilege* één overkoepelend beginsel is, dat kan worden onderverdeeld in twee complementaire onderdelen, te weten *legal advice privilege* en *litigation privilege*. Kort gezegd beschermt *legal advice privilege* de communicatie tussen advocaat en

cliënt gericht op het geven of verkrijgen van juridisch advies, zowel in het kader van (voorgenomen, te verwachten of aanhangige) procedures als daarbuiten. *Litigation privilege* beschermt (a) communicatie tussen een cliënt en/of zijn advocaat enerzijds en derden anderzijds en (b) documenten opgesteld door of in opdracht van de cliënt, waarbij geldt dat deze communicatie of documenten zijn opgesteld met als voornaamste doel het verkrijgen van informatie of juridisch advies ter voorbereiding van een (voorgenomen, aanhangige of te verwachten) gerechtelijke procedure.

De twee belangrijkste verschillen tussen *legal advice privilege* en *litigation privilege* zijn het feit dat *litigation privilege* ook communicatie met derden beschermt en dat voor een beroep op *litigation privilege* een link met een gerechtelijke procedure is vereist. Voor beide subonderdelen geldt, dat er sprake moet zijn van vertrouwelijke communicatie en vertrouwelijke documenten. Er is in Engeland veel jurisprudentie en literatuur voorhanden op grond waarvan de omvang en reikwijdte van dit beginsel nader is ingevuld.

Legal professional privilege wordt beschouwd als een absoluut beginsel, in die zin dat het niet opzij gezet kan worden door een ander publiek belang in specifieke omstandigheden te laten prevaleren. Er is in dat opzicht geen ruimte voor een belangenafweging door de rechter in individuele gevallen. Er zijn echter grenzen aan de reikwijdte van *legal professional privilege*. Het *legal professional privilege* kan in bijzondere gevallen worden beperkt op grond van een, in heldere en ondubbelzinnige bewoordingen opgestelde, wettelijke regeling. Een dergelijke wettelijke regeling mag bovendien niet in strijd zijn met de Human Rights Act 1988 en moet in overeenstemming zijn met fundamenteel EU recht. Daarnaast is er een aantal in de jurisprudentie aanvaarde uitzonderingen of beperkingen, waarvan de belangrijkste de *crimelfraud exception* is.

In hoofdstuk 8 zijn de wijzen het beginsel van vertrouwelijkheid in Nederland, Frankrijk en Engeland wordt beschermd met elkaar vergeleken. Ik heb in de eerste plaats de rol van de advocaat, de kernwaarden en de beroepsuitoefening van de advocaat in de drie landen vergeleken. Zoals in dit hoofdstuk aangegeven bevat het beroep van advocaat en de beroepsuitoefening in Nederland, Frankrijk en Engeland in grote lijnen veel overeenkomsten. 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.

In de tweede plaats heb ik de functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt vergeleken. 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. In de drie landen prevaleert het algemeen belang van de onbelemmerde rechtshulp door de advocaat boven het algemeen belang van de waarheidsvinding. Dit belang kan in de drie rechtstelsels slechts in uitzonderlijke gevallen worden beperkt of opzij gezet.

Ten slotte heb ik diverse aspecten van de bescherming van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt vergeleken. Daarbij vielen met name de volgende overeenkomsten en verschillen op.

In de relatie tussen de advocaat en 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 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 wet 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 Frankrijk strekt de bescherming van het *secret professionnel* zich ook uit 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 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. In deze regeling is ook de rol van de deken bij een inbeslagneming wettelijk vastgelegd. In de drie landen vallen stukken die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend (*corpora et instrumenti delicti*) niet onder de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat. 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 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 de verplichting tot inschakeling van de deken opgenomen bij de interceptie van de telefoonlijn van het kantoor of de woning van de 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. In Nederland geldt thans anders dan in Frankrijk en Engeland een nummerherkenningssysteem.

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.

In het laatste hoofdstuk (hoofdstuk 9) heb ik de twee onderzoeksvragen beantwoord. Met het oog op de beantwoording van de onderzoeksvragen heb ik de huidige Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat 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.

Ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag heb ik geconcludeerd dat zowel naar huidige Nederlands als Europees recht in uitzonderlijke omstandigheden het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt kan worden beperkt of opzij gezet. Om ervoor te waken dat het doel van het algemene

rechtsbeginsel nog wordt bereikt moeten eventuele beperkingen of uitzonderingen 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.

Als antwoord op de tweede onderzoeksvraag stel ik voorop dat de regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in Nederland de rechtzoekende in belangrijke mate de zekerheid biedt dat in vertrouwen een advocaat kan worden geraadpleegd. Echter, zoals in hoofdstuk 5 is besproken, kan een aantal knelpunten worden gesignaleerd ten aanzien waarvan moet worden geconcludeerd dat de huidige regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet aan het algemene rechtsbeginsel van onbelemmerde en vertrouwelijke rechtshulp voldoet. In dit hoofdstuk heb ik een aantal oplossingen voorgesteld om de Nederlandse regeling van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht te verbeteren en daarvoor acht aanbevelingen gedaan. Daarbij heeft het Franse en het Engelse recht mede tot inspiratie gediend.