

# Het advocatuurlijke verschoningsrecht

Jacques Sluysmans & Regien de Graaff<sup>1</sup>

Het verschoningsrecht is een groot goed. Het is niet een sta-in-de-weg voor opsporings- of onderzoeksautoriteiten, geen handigheidje waarmee een advocaat en zijn cliënt zaken verborgen kunnen houden die het daglicht niet kunnen verdragen. Het is wel een hoeksteen van de moderne rechtsstaat die voortkomt uit het basale recht dat een burger in een beschaafde samenleving toekomt om zich in alle vrijheid en onbekommerd tot een advocaat te kunnen wenden voor advies en bijstand. Natuurlijk is niet in alle gevallen op voorhand duidelijk of terecht een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht, maar dat oordeel is in een rechtsstaat aan de rechter. Het is te betwijfelen of bestaande onduidelijkheden over de reikwijdte van het verschoningsrecht door codificatie kunnen worden opgelost.

## 1. Inleiding

Het verschoningsrecht is in de praktijk van alledag bepaald niet zonder betekenis. Alleen al de gepubliceerde rechtspraak over de voorbije jaren laat zien dat het begrip een rol speelt in honderden zaken, voornamelijk van strafrechtelijke aard. Het verschoningsrecht is echter bepaald geen veilig bezit. Door met name opsporingsinstanties en onderzoekscommissies wordt het verschoningsrecht ervaren als obstakel bij de waarheidsvinding. Stemmen gaan op om het verschoningsrecht te beteugelen. Uit dergelijke voorstellen spreekt evenwel in onze optiek een (te) beperkt begrip van de aard en reikwijdte van het verschoningsrecht.

In deze bijdrage beperken wij ons tot het verschoningsrecht van de advocaat. Andere verschoningsgerechtigden – denk aan de notaris of de arts – blijven in beginsel buiten beeld.

Wij willen in par. 2 stilstaan bij de oorsprong en de grondslag van het verschoningsrecht. Waar liggen de wortels van dat recht? Wat werd met de introductie van dat recht beoogd? We zullen daarbij ook een korte blik over de grens werpen. Vervolgens buigen wij ons in par. 3 over de reikwijdte van het verschoningsrecht. Wie kan zich op dat recht beroepen en in welke situaties? Waar lopen de grenzen?

Ten derde geven wij een oordeel over de recent op het verschoningsrecht uitgeoefende kritiek in par. 4. Sniijdt die hout? Zo neen, waarom niet? Wij sluiten vanzelfsprekend af met enkele conclusies.

## 2. Inhoud en grondslag

Het professionele verschoningsrecht van de advocaat kan niet los worden gezien van diens geheimhoudingsplicht.

Die geheimhoudingsplicht is neergelegd in artikel 11a lid 1 Advocatenwet,<sup>2</sup> dat bepaalt dat de advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt tot geheimhouding is verplicht. Het verschoningsrecht zorgt ervoor dat de advocaat – indien daarover bevestigd door derden – mag zwijgen over informatie die hem is toevertrouwd in zijn hoedanigheid als advocaat. Zonder een dergelijk recht zou de geheimhoudingsplicht niet te effectueren zijn.

In het bekende *Notaris Maas*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de grondslag van het professionele verschoningsrecht is gelegen in 'een in Nederland algemeen geldend rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen [zoals de advocaat, JAMAS & RLdG] het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden'.<sup>3</sup> Het ver-

### Auteurs

1. Prof. mr. J.A.M.A. Sluysmans is bijzonder hoogleraar *Onteigeningsrecht* aan de Radboud Universiteit Nijmegen en partner bij Van der Feltz advocaten.  
Mr. R.L. de Graaff is partner bij Van der Woude De Graaf advocaten.

### Noten

2. Zie ook Gedragsregels 1992, regel 6 en art. 10a Advocatenwet. Dit geldt volgens de Hoge Raad evenzeer voor de advocaat in dienstbetrekking, voor zover het Unierechtelijke mededingingsrecht althans niet van toepassing is. Zie HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/388, m.nt. H.B. Krans.  
3. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986/173 (*Notaris Maas*).



De Zwijger © Alamy

schoningsrecht van de advocaat staat dus niet ten dienste van het individueel belang van de cliënt, maar van een zwaarwegend maatschappelijk belang.

Het betreft hier, zo leert een blik over de landsgrenzen, overigens niet een enkel in Nederland geldend rechtsbeginsel. In een groot aantal rechtssystemen binnen de Europese Unie – en ook daarbuiten – maakt het beginsel van 'legal professional privilege' al sinds jaar en dag onderdeel uit van wet en/of rechtspraak. Zo overwoog een Engelse rechter reeds in 1876 als volgt:

*'The object and meaning of the rule is this: that as, by reason of the complexity and difficulty of our law, litigation can only be properly conducted by professional men. It is absolutely necessary that a man, in order to prosecute his rights or to defend himself from an improper claim, should have recourse to the assistance of professional lawyers, and it being so absolutely necessary, it is equally necessary, to use a vulgar phrase, that he should be able to make a clean breast of it to the gentleman whom he consults with a view to the prosecution of his claim, or the substantiating of his defence against the claim of others; that he should be able to place unrestricted and unbounded confidence in the professional agent, and that the communications he so makes to him, should be kept secret (...) that he should be enabled properly to conclude his litigation.'*<sup>4</sup>

Zoals blijkt uit bovenstaand citaat, zag het 'legal professional privilege' oorspronkelijk slechts op communicatie in verband met procederen ('litigation privilege', waarbij de grondslag ligt in het recht op een eerlijk proces). Later heeft dit privilege zich uitgebreid tot juridisch advies in het algemeen ('advice privilege', waarbij de grondslag wordt gezocht in de rule of law). Onder het Engelse recht is de reikwijdte van het verschoningsrecht afhankelijk van het doel (procederen versus 'gewoon' advies), waarbij voor procesvoering een bredere reikwijdte geldt.<sup>5</sup> Het beginsel dat aan bovenstaande en andere Engelse uitspraken ten grondslag ligt, is dat men zijn advocaat in alle vertrouwen moet kunnen raadplegen. De cliënt moet erop kunnen vertrouwen dat wat hij zijn advocaat in vertrouwen vertelt, niet zonder zijn toestemming zal worden geopenbaard. De Engelse rechter ziet het beginsel van 'legal professional privilege' derhalve als een fundamenteel recht waarop de rechtspleging als geheel rust.<sup>6</sup>

In de Verenigde Staten werd de oorsprong van het beginsel van 'legal professional privilege' in eerste instantie gevonden in de beroepseer van de advocaat, die met zich bracht dat de advocaat niet behoorde te openbaren wat hem in vertrouwen was medegedeeld. Deze visie onderging echter aan het einde van de 18<sup>e</sup> eeuw een transformatie. Niet de beroepseer van de advocaat, maar de vrijheid van de cliënt om die advocaat te raadplegen werd (en wordt) sindsdien beschouwd als het fundament van 'legal professional privilege'.<sup>7</sup>

Een vergelijkbare ontwikkeling in de visie op de grondslag van het verschoningsrecht blijkt uit Zuid-Afrikaanse rechtspraak:

*'The rationale for the privilege has been expressed in various ways and has evolved over the centuries. Thus at one stage the privilege was even considered to be that of the*

lawyer rather than of the client and, until well into the nineteenth century it applied only in respect of communications in relation to pending or contemplated litigation. In my respectful view the description by Sir Gordon Slynn (as he then was) in *A M & S Europe Ltd v Commission of the European Communities (Case 155/79)* would be difficult to better as a modern expression of the ethos underpinning the existence of the rule and the premium that societal values attach to it:

“Whether it is described as the right of the client or the duty of the lawyer, this principle has nothing to do with the protection or privilege of the lawyer. It springs essentially from the basic need of a man in a civilised society to be able to turn to his lawyer for advice and help, and if proceedings begin, for representation; it springs no less from the advantages to a society which evolves complex law reaching into all the business affairs of persons, real and legal, that they should be able to know what they can do under the law, what is forbidden, where they must tread circumspectly, where they run risks”<sup>8</sup>

Ofschoon de precieze reikwijdte van het verschoningsrecht zeker van land tot land verschilt – zo is deze reikwijdte in Griekenland bijna ongelimiteerd, terwijl er in Nederland inmiddels toch een redelijk aantal uitzonderingen op het beginsel van ‘legal professional privilege’ is

## Het beginsel van ‘legal professional privilege’ wordt bijna overal beschouwd als een fundamenteel beginsel dat een groot maatschappelijk belang dient

aangenomen<sup>9</sup> – kan wel een rode draad worden ontwaard die door de rechtspraak en doctrine van veel landen loopt. Het beginsel van ‘legal professional privilege’ wordt bijna overal beschouwd als een fundamenteel beginsel dat een groot maatschappelijk belang dient: te weten het belang van iedere burger om vrijelijk juridisch advies te kunnen inwinnen. Het Hof van Justitie van de Europese

4. *Anderson/Bank of British Columbia*, 1876 2 Ch. D. 644, 649.

5. A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2013, p. 812-817.

6. *Regina/Derby Magistrates Court*, 1995, UKHL 18.

7. E.J. Krauland & T.H. Cribb, ‘The attorney-client privilege in the United States: an age-old principle under modern pressures’,

[www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal\\_justice\\_section\\_newsletter/crimjust\\_taskforce\\_articles\\_attorney\\_client.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/criminal_justice_section_newsletter/crimjust_taskforce_articles_attorney_client.authcheckdam.pdf).

8. *A Company and Others/Commissioner for the South African Revenue Services* (16360/2013), 2014, ZAWCHC 33.

9. Vergelijk [www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/2013/12/20131204ATT75513/20131204ATT75513EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/2013/12/20131204ATT75513/20131204ATT75513EN.pdf).

Unie heeft deze rode draad als uitgangspunt genomen bij de ontwikkeling van zijn rechtspraak over ‘legal professional privilege’:

*‘Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de Lid-Staten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben op het gebied van de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van, onder meer, bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle Lid-Staten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben, en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft.’*<sup>10</sup> [onderstreping auteurs]

Niet alleen op nationaal niveau, maar ook op supranationaal niveau speelt het beginsel van ‘legal professional privilege’ dus een belangrijke rol. Het Hof van Justitie heeft al in 1981 overwogen dat het beginsel van ‘legal professional privilege’ met zich brengt dat de correspondentie tussen advocaat en cliënt ook op het niveau van het gemeenschapsrecht bescherming behoeft. Op deze rechtspraak komen wij nog terug.

Na dit uitstapje over de grens keren wij weer terug naar de nationaalrechtelijke regeling van het verschoningsrecht. Dit recht is op een aantal verschillende plekken in de wet verankerd: (onder meer) in artikel 218 Wetboek van Strafvordering (Sv), artikel 165 lid 2 Wetboek van Rechtsvordering (Rv) en – het minder bekende – artikel 24 Wet op de Parlementaire Enquête 2008 (WPE 2008). Tekstueel zijn deze artikelen sterk vergelijkbaar. Aangenomen wordt dan ook dat de regels die voortvloeien uit de rechtspraak over het verschoningsrecht in strafzaken in grote lijnen van toepassing zijn op het verschoningsrecht in het civiele recht.<sup>11</sup>

### 3. Reikwijdte

#### *Algemeen*

Het is goed om te benadrukken dat het verschoningsrecht toekomt aan de verschoningsgerechtigde, dus de advocaat, niet aan diens cliënt.<sup>12</sup> Opmerking verdient wel dat aan derden een afgeleid verschoningsrecht kan toekomen. Zo is in de rechtspraak uitgemaakt dat ook het personeel van de advocaat een (afgeleid) verschoningsrecht heeft.<sup>13</sup> Deze uitbreiding is ingegeven door de gedachte dat de geheimhoudingsplicht van de advocaat anders voor een belangrijk deel illusoir zou worden, gelet op de noodzaak voor de

10. HvJ EU 18 mei 1981, 155/79 (*AM & S Europe limited/Commissie*).

11. N. Fanooy & F. Bannier, ‘De advocaat’, in: F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht: handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke*, Den Haag: Sdu 2008, p. 79-80.

12. Voor de goede orde merken wij op dat een cliënt uiteraard wel zelf een klaagschrift kan indienen tot teruggave van op de voet

van art. 98 lid 5 Sv in beslag genomen stukken. Het lot van dit klaagschrift volgt

dan evenwel het oordeel van de beklagprocedure van de verschoningsgerechtigde, zoals bijv. blijkt uit HR 13 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3076, NJ 2016/8 en HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1343.

13. HR 6 december 1955, NJ 1956/52.

advocaat om zijn personeelsleden bij zijn werkzaamheden te betrekken. Ook een door de advocaat ingeschakelde derde, zoals een accountant, kan een beroep doen op een (gedeeld) verschoningsrecht.<sup>14</sup>

Het is in eerste instantie de verschoningsgerechtigde zelf die beslist wat onder zijn verschoningsrecht valt.<sup>15</sup> Dit betekent dat zelfs als de cliënt zijn advocaat toestemming geeft tot spreken, de advocaat zich op zijn verschoningsrecht kan beroepen.<sup>16</sup> De aard van het verschoningsrecht brengt volgens de Hoge Raad mee dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde persoon.<sup>17</sup> Als daarover discussie ontstaat, is het laatste woord aan de rechter.

Uit de tekst van de hiervoor aangehaalde wettelijke bepalingen volgt al dat het verschoningsrecht aan beperkingen onderhevig is. Het verschoningsrecht geldt immers slechts voor die informatie 1. die aan de advocaat is toevertrouwd 2. tijdens de normale uitoefening van zijn beroep, althans in zijn specifieke functie. Recent nog heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een advocaat alleen een verschoningsrecht toekomt in het kader van zijn juridische dienstverlening aan degene die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid als advocaat.<sup>18</sup>

#### **Voorwaarde 1: informatie die aan de advocaat is toevertrouwd**

Ten aanzien van het criterium onder 1. geldt dat niet eenduidig is wat moet worden verstaan onder het toevertrouwen van informatie. Uit rechtspraak, waaronder het hiervoor reeds genoemde *Notaris Maas*-arrest, volgt in elk geval dat alles waarvan de wetenschap aan de geheimhouder is medegedeeld, ook als hem toevertrouwd heeft te gelden. Daarbij mag geen onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke informatie. Deze laatste overweging van de Hoge Raad valt goed te begrijpen omdat er nu eenmaal geen 'neutrale feiten' bestaan. Zodra een feit van belang wordt voor de beslechting van een geschil, verliest dit feit immers zijn neutraliteit.<sup>19</sup> Het ligt dan ook in onze optiek voor de hand om de reikwijdte van het verschoningsrecht niet te laten afhangen van een bepaalde kwalificatie van de betreffende feiten.

Uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het begrip 'toevertrouwen' een brede betekenis heeft en niet enkel die informatie omvat, die de advocaat is medegedeeld. Een beroep op het verschoningsrecht kan immers ook worden gedaan zonder dat sprake is van een mededeling aan de verschoningsgerechtigde.<sup>20</sup> Zo heeft de Hoge Raad aangenomen dat de geheimhoudingsplicht zich ook kan uitstrekken over het enkele feit dat een bepaalde cliënt is doorverwezen naar een advocaat.<sup>21</sup> Het begrip 'toevertrouwd' moet dus ruim worden opgevat, waaronder ook andere zintuiglijke waarnemingen dan horen of lezen vallen.

De informatie hoeft bovendien niet direct afkomstig te zijn van de cliënt. In zijn *Cruquishoeve*-arrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat het verschoningsrecht van een verpleegkundige zich niet alleen uitstrekt tot feiten die betrekking hebben op de behandeling en de verzorging van de aan zijn zorgen toevertrouwde patiënten, maar ook tot 'feiten die hem in zijn hoedanigheid zijn meegedeeld of waarvan hij in zijn hoedanigheid kennis heeft gekregen, en waarvan de openbaarmaking het ver-

trouwen zou beschamen dat de patiënten met het oog op zijn hulpverlenende taak in hem moeten kunnen stellen' (cursivering auteurs).<sup>22</sup> Ook hetgeen de geheimhouder door eigen onderzoek komt te weten, kan onder zijn verschoningsrecht vallen,<sup>23</sup> alsmede informatie verkregen van een derde.<sup>24</sup>

In dit verband hebben wij – zoals wij ook al elders hebben beschreven<sup>25</sup> – enige moeite met de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 14 januari 2015, waarin de rechtbank oordeelde dat het door De Brauw Blackstone Westbroek opgestelde 'governance rapport' niet onder het verschoningsrecht van (de advocaten van) De Brauw valt, omdat het rapport uitsluitend feitelijke bevindingen zou bevatten en geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies.<sup>26</sup> Op grond van het voorgaande betwijfelen wij of het juist is om rapporten van feitelijke aard (reeds daarom) buiten de reikwijdte van het verschoningsrecht te laten vallen. Er is geen reden om aan te nemen dat het verschoningsrecht enkel van toepassing is op (kort gezegd) juridische analyses.

## **Wij betwijfelen of het juist is om rapporten van feitelijke aard (reeds daarom) buiten de reikwijdte van het verschoningsrecht te laten vallen**

De reikwijdte van het begrip 'toevertrouwen' is in recente rechtspraak wederom aan de orde gekomen. De Hoge Raad moest in een arrest van 26 januari 2016 oordelen over de vraag of in geval van een emailwisseling tussen een cliënt en een derde, waarbij in dit geval een notaris in de cc was gezet, sprake was van materiaal dat onder het verschoningsrecht van de notaris viel. De Hoge Raad oordeelde van niet:

*'Correspondentie tussen anderen dan de verschoningsgerechtigde en degene die zich tot hem heeft gewend, is niet een brief of een geschrift als bedoeld in art. 98, eerste lid, Sv. Indien van correspondentie een afschrift wordt toegezonden aan de notaris kan (...) niet gezegd worden dat reeds daarom de inhoud daarvan kan worden aangemerkt als wetenschap die aan de notaris in het kader van zijn juridische dienstverlening is toevertrouwd.'*<sup>27</sup>

Hetzelfde zal – mutatis mutandis – uiteraard ook hebben te gelden voor de advocaat.

Overigens kan niet uit het arrest worden afgeleid dat een emailwisseling tussen een cliënt en een derde, waarbij de notaris in de cc is gezet, nooit als toevertrouwd kan worden aangemerkt.<sup>28</sup> De door de Hoge Raad gehanteerde formulering 'reeds daarom' duidt erop dat er omstandig-

# Ook indien sprake is van informatie die aan de advocaat is toevertrouwd tijdens de normale uitoefening van zijn beroep, kan worden geoordeeld dat geen plaats is voor een beroep op het verschoningsrecht

heden denkbaar zijn waarin het sturen van een afschrift van correspondentie aan de notaris wel geldt als het toevertrouwen van wetenschap aan die notaris.

## Voorwaarde 2: in de normale uitoefening van zijn beroep

Ten aanzien van het criterium onder 2. geldt dat het de rechter is die uitmaakt of er werkzaamheden zijn verricht die tot de taak van een bepaalde beroepsgroep horen. De opvatting van de beroepsgroep zelf is dus niet doorslaggevend.<sup>29</sup>

Bij de beoordeling of sprake is van werkzaamheden die tot de taak behoren van een bepaalde beroepsgroep, speelt de zogenaamde problematiek van de 'uitdijende dienstverlening'. In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2016 meent A-G Knigge dat niet alle werkzaamheden die (in dat geval) een notaris verricht voor een cliënt onder diens geheimhoudingsplicht vallen, ook niet als de dienstverlening van juridische aard is.<sup>30</sup> Onder meer Waaijer<sup>31</sup> en Fanoy hebben kritiek uitgeoefend op deze opvatting. Zo wijst Fanoy erop dat wat als de gebruikelijke beroepsuitoefening van de advocaat moet worden beschouwd, geen statisch gegeven is. Het feit dat de aard van de werkzaamheden van de advocaat zich uitbreidt, wil nog niet zeggen dat deze 'nieuwe' werkzaamheden van de advocaat buiten de reikwijdte van het verschoningsrecht vallen.<sup>32</sup>

Relevant in dit kader is tevens een recente beschikking van de Rechtbank Overijssel,<sup>33</sup> waarin de vraag aan

de orde was of de advocaat bij wie tijdens een doorzoe-king diverse documenten en een USB-stick in beslag waren genomen wel een beroep op het verschoningsrecht toekwam nu hij volgens het Openbaar Ministerie in zijn adviespraktijk (waarop voornoemde stukken betrekking hadden) niet optrad als advocaat, maar als belastingadviseur. Volgens de rechtbank was evenwel genoegzaam komen vast te staan dat de advocaat in zowel zijn proces- als adviespraktijk wel degelijk in zijn hoedanigheid van advocaat handelde in zijn relatie tot zijn cliënten en de aan hen gelieerde ondernemingen. Uit deze uitspraak blijkt dat er onduidelijkheid kan ontstaan over de vraag of een advocaat zich kan verschonen, als hij bij het uitvoeren van zijn werkzaamheden meerdere petten draagt.

## Uitzonderingen

Wij merken op dat het verschoningsrecht niet absoluut is. Ook indien sprake is van informatie die aan de advocaat is toevertrouwd tijdens de normale uitoefening van zijn beroep, kan worden geoordeeld dat geen plaats is voor een beroep op het verschoningsrecht. In het navolgende gaan wij kort in op een aantal uitzonderingen.

Ten eerste kunnen, op grond van het huidige artikel 98 Sv, stukken die voorwerp van het strafbare feit uitmaken (corpora) of tot het begaan daarvan hebben gediend (instrumenta), bij verschoningsgerechtigden in beslag genomen worden.<sup>34</sup> Het originele vervalste geschrift dat aan een advocaat in bewaring is gegeven, kan dus bijvoor-

14. HR 29 maart 1994, NJ 1994/552.

15. HR 29 maart 1994, NJ 1994/537;

HR 29 juni 2004, NJ 2005/273, m.nt.

G. Knigge.

16. HR 12 februari 2013, NJ 2014/92.

Zie ook J. van Woudenberg, 'Verschoningsrecht', in: *WB der Nederlanden* (WB-bundel), Nijmegen: WLP 2003, p. 172.

17. HR 29 maart 1994, NJ 1994/537; HR 24 januari 2006, NJ 2006/109; HR 11 januari 2006, NJ 2006/480.

18. HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, bevestigd (voor de notaris) in HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

19. F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 211.

20. HR 18 december 1998, NJ 2000/341.

Zie ook M. Tempelaar & N. Fanoy, 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht in het

civiele recht', in: Bannier e.a. 2008, p. 34.

21. HR 25 oktober 1985, NJ 1986/176.

22. HR 23 november 1990, NJ 1991/761.

23. HR 11 april 1913, NJ 1913, p. 958.

24. HR 11 december 1958, NJ 1961/170.

25. Zie J.A.M.A. Sluysmans & R.L. de Graaff, 'De reikwijdte van het verschoningsrecht', *Advocatenblad* 2015/11. Zie ook de kritische annotatie van Van Breukelen in *JOR* 2015/141, alsmede K.F. Deutz, L.E.J. Korsten & Y. De Vries, 'Het civiele verschoningsrecht van de advocaat op de tocht?', *Bedrijfsjuridische berichten* 2015/135. In latere rechtspraak heeft de gemeenschapsrechter de reikwijdte van het beginsel van 'legal professional privilege' nader geconcretiseerd. Zo heeft het Gerecht van Eerste Aanleg in zijn beschikking van 4 april 1990 inzake *Hilti AG/de Commissie* (T-30/89) beoordeeld of het beginsel van 'legal professional privilege' tevens van toepassing is op bedrijfsinterne nota's, waarin de van

zelfstandige – dus niet aan de onderneming verbonden – rechtskundig adviseurs ontvangen adviezen worden weergegeven en die vraag bevestigend beantwoord. Ook in de bekende *Akzo Nobel*-beschikking van het Gerecht van Eerste Aanleg (GvEA EG 17 september 2007, T-125/03, T-253/03, para. 122) zijn aanknopingspunten te vinden voor de bepaling van de reikwijdte van het 'legal professional privilege'. In die beschikking werd overwogen dat documenten die door de cliënt zelf worden opgesteld als 'working documents or summaries', in het bijzonder om informatie te verzamelen die nuttig of nodig zal zijn voor de advocaat die wordt geraadpleegd, onder het 'legal professional privilege' kunnen vallen. Het gerecht merkt daarbij op dat het voorbereiden van dergelijke documenten in het bijzonder nodig kan zijn in kwesties waarin een grote hoeveelheid complexe informatie een rol speelt.

26. Rb. Den Haag 14 januari 2015, *JOR* 2015/141, m.nt. S.R. van Breukelen.

27. Zie HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

28. Zie ook B.C.M. Waaijer, 'Het Zeeslag-arrest: weer enkele bakens van het notariële verschoningsrecht in kaart gebracht', *WPNR* 2016/7100.

29. HR 8 december 1995, NJ 1996/708. Zie ook Fernhout, 2004, p. 199.

30. Zie de conclusie van A-G Knigge van 6 oktober 2015, ECLI:NL:PHR:2015:2567.

31. Zie ook Waaijer 2016.

32. N. Fanoy, 'Verschoningsrecht van de advocaat: Veilige haven, geen vrijplaats', *Ars Aequi* 2016, p. 91.

33. Rb. Overijssel 10 februari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:606.

34. Zie bijv. HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:8 en 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

beeld inbeslaggenomen worden. Betrekkelijk recent is in de rechtspraak van de Hoge Raad nog aan de orde geweest hoe ruim de reikwijdte is van die begrippen ‘corpora’ en ‘instrumenta’. Waar advocaat-generaal Knigge in zijn conclusie van 6 oktober 2015 nog meende dat de computer en de printer de hulpmiddelen zouden kunnen zijn waarmee het strafbare feit van valsheid en geschrifte zou zijn gepleegd,<sup>35</sup> koos de Hoge Raad voor de genuanceerde opvatting dat deze vraag zich niet in het algemeen laat beantwoorden, maar in het bijzonder ‘afhankelijk is van de aard van het in beslag te nemen of in beslag genomen stuk en de aard van het delict dat zou zijn begaan door de (rechts)persoon jegens wie de verdenking is gericht, alsmede de feitelijke gedragingen die hem in dat verband worden verweten’. In een arrest van 31 mei 2016<sup>36</sup> voegde de Hoge Raad hier nog aan toe dat gelet op de aard van het verschoningsrecht de beklagrechtter bij de beoordeling daarvan de nodige behoedzaamheid in acht zal moeten nemen. Daarbij geldt dat – aldus de Hoge Raad – dat in ieder geval de door de hem vastgestelde feiten en omstandigheden zijn oordeel dat het in beslag genomen stuk ‘voorwerp van het strafbare feit uitmaakt’ of ‘tot het begaan daarvan heeft gediend’ moeten kunnen dragen. Die (toereikende) motivering ontbrak in een beschikking van de Rechtbank Oost-Brabant van 24 april 2015, maar volgens de Hoge Raad in een arrest van 31 mei 2016<sup>37</sup> hoefde zulks in dat bijzondere geval niet tot cassatie te leiden, omdat uit een diezelfde dag gewezen arrest<sup>38</sup> in een parallelle beklagzaak was komen vast te staan dat sprake was van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden waardoor het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het verschoningsrecht’, zodat de klaagster geen rechtens te respecteren belang heeft bij vernietiging van de bestreden beschikking en terug- of verwijzing van de zaak voor een nieuwe behandeling. Het betrof hier een inderdaad – gelukkig – uitzonderlijke situatie waarin een advocaat werd verdacht van onder meer valsheid in geschrifte, oplichting en deelname aan een criminele organisatie.

## In zeer uitzonderlijke individuele gevallen kan het belang van de waarheidsvinding prevaleren boven het belang dat met het verschoningsrecht wordt beschermd

Ook de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) vormt een beperking op het verschoningsrecht van de advocaat. Op grond van deze wet moeten advocaten immers melding maken van (voorgenomen) ongebruikelijke transacties die zij tegenkomen tijdens het verlenen van juridische diensten. In de Wwft zijn Richtlijn 2005/60/EG (ter bestrijden van witwassen en financieren van terrorisme) en Richtlijn 2006/70/EG (met

betrekking tot de politiek prominente personen) in Nederland geïmplementeerd. Op grond van deze wetgeving rust op de advocaat een verplichting tot het doen van cliëntenonderzoek alsook tot het melden van een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie.

De Wwft is uitdrukkelijk niet van toepassing op advocaten en advocatenkantoren voor zover zij voor een cliënt werkzaamheden verrichten betreffende de bepaling van diens rechtspositie, diens vertegenwoordiging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Met andere woorden, de advocaat heeft bij het verrichten van zijn kerntaken als advocaat geen meldingsplicht. Die meldingsplicht is er slechts als de advocaat werkzaamheden verricht die ook andere professionals zouden kunnen verrichten. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in het arrest *Michaud/Frankrijk*<sup>39</sup> geoordeeld dat de meldplicht voor advocaten van een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie, geen onevenredige inbreuk oplevert op het advocatenprivilege. Volgens het Europees Hof komt aan het belang van het juridisch beroepsprivilege bijzonder gewicht toe, vanwege de bijdrage die het levert aan een goede rechtsbedeling, maar is het niet onschendbaar. Daarbij acht het Europees Hof onder meer van belang dat de meldplicht is beperkt tot een bepaald aantal gevallen die niet raken aan de essentie van de verdedigingsrol van advocaten. Ook hecht het Europees Hof in dit geval waarde aan het door de Franse wetgever in het leven geroepen ‘filter’, op grond waarvan de advocaten melding moeten doen bij de president van de orde van advocaten bij de Raad van State en de Hoge Raad, of bij de plaatselijke deken. Deze ‘peer control’ biedt volgens het Europees Hof een extra waarborg, waardoor geen sprake is van een disproportionele inbreuk op het advocatenprivilege. Dit filter ontbreekt in Nederland, waar de advocaat op grond van artikel 16 Wwft melding moet maken bij de Financiële inlichtingeneenheid. De vraag of de meldingsplicht hier te lande geen onevenredige inbreuk oplevert op het advocatenprivilege, kan dus niet met zekerheid worden beantwoord.<sup>40</sup>

Ten slotte heeft de Hoge Raad in zijn jurisprudentie erkend dat in zeer uitzonderlijke individuele gevallen het belang van de waarheidsvinding kan prevaleren boven het belang dat met het verschoningsrecht wordt beschermd.<sup>41</sup> In een dergelijk geval kan het professioneel verschoningsrecht worden doorbroken. Het moet dan gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden, welke omstandigheden zich niet in een algemene regel laten vatten.<sup>42</sup> Zelfs indien die zeer uitzonderlijke omstandigheden zich voordoen, dan nog geldt dat de inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is voor het aan het licht brengen van de waarheid.

### 4. Kritiek op het verschoningsrecht

#### *Algemeen*

Het verschoningsrecht staat – zo schetsten wij al in onze inleiding – onder druk. Van de zijde van het Openbaar Ministerie is recent gepleit voor een inperking van het verschoningsrecht en kort nadien liet ook de parlementaire enquêtecommissie Fyra zich in haar eindrapport kri-

tisch uit over het verschoningsrecht. Die kritiek willen wij hieronder beoordelen.

### **Kritiek van de enquêtecommissie**

De Wet op de Parlementaire Enquête 2008 (WPE 2008) kent aan een enquêtecommissie vergaande onderzoeksbevoegdheden toe.<sup>43</sup> Artikel 24 WPE 2008 stelt een grens aan die bevoegdheden door te bepalen dat niemand verplicht is informatie aan de enquêtecommissie te verstrekken, voor zover hij uit hoofde van zijn ambt of beroep tot geheimhouding verplicht is en het informatie betreft die aan hem in die hoedanigheid is toevertrouwd. In de parlementaire geschiedenis en de wetenschappelijke literatuur wordt algemeen aangenomen dat de invulling van dit verschoningsrecht aansluit bij en overeenkomt met het verschoningsrecht van advocaten in het civiele en strafprocesrecht.<sup>44</sup>

De commissie meent 'een spanning' te ontwaren tussen het verschoningsrecht van de advocaat en de medewerkingsplicht van zijn cliënt op grond van de WPE 2008. In de woorden van de commissie:

*'In extremo zou toepassing van dit verschoningsrecht ertoe kunnen leiden dat wanneer de cliënt alles met zijn advocaat deelt, de cliënt in beginsel niet meer zou hoeven mee te werken aan het onderzoek van een enquêtecommissie omdat alle met een advocaat gedeelde informatie in beginsel onder het verschoningsrecht van de advocaat valt.'*<sup>45</sup>

De commissie concludeert dat bij de totstandkoming van de WPE 2008 te weinig aandacht is geweest voor de mate waarin het verschoningsrecht van advocaten met de uitvoering van de enquête zou kunnen interfereren.

Deze opvatting lijkt ons – indachtig onze voorgaande analyse van de reikwijdte van het advocatuurlijke verschoningsrecht – te berusten op een tekortschietend begrip van de inhoud van het verschoningsrecht. Het is in het geheel niet zo dat een cliënt door maar 'alles' met zijn advocaat te delen dit 'alles' daarmee onder de reikwijdte van het verschoningsrecht brengt. Het gaat om informatie die is 'toevertrouwd' in de hiervoor beschreven, door de rechtspraak ontwikkelde betekenis aan een advocaat die de informatie ook in zodanige hoedanigheid tot zich heeft genomen. Het arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2016 illustreert al de onjuistheid van de te algemene stelling die de commissie betreft: een cliënt kan bepaalde informatie niet onder de reikwijdte van het verschoningsrecht brengen simpelweg door zijn advocaat in de cc van een e-mailwisseling te zetten. Deze informatie geldt dan immers niet (zonder meer) als 'toevertrouwd' aan de advocaat.

### **Kritiek van het Openbaar Ministerie**

Via verschillende media uitten vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie medio 2015 hun onvrede over de wijze waarop in strafzaken werd getracht om het verschoningsrecht in hun ogen te misbruiken.<sup>46</sup> Deze uitlatingen leidden tot verschillende vragen vanuit de Tweede Kamer en uiteindelijk tot een overleg tussen het Openbaar Ministerie, de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie over het spanningsveld tussen enerzijds het beroepsgeheim met in het verlengde daarvan het verschoningsrecht en anderzijds de fraudebestrijding. Bij brief van 24 november 2015 heeft de Minister van Justitie de Kamer geïnformeerd over de meest recente stand van zaken betreffende dat overleg.<sup>47</sup>

De bewindspersoon geeft aan dat die gesprekken tot dusver hebben geleid tot de constatering dat het wenselijk en mogelijk is ten aanzien van een aantal specifieke gevallen het beroepsgeheim nader af te bakenen. Het gaat daarbij om gevallen waarin geen sprake kan zijn van een beroepsgeheim. De minister benoemt concreet een viertal situaties: 1. een verschoningsgerechtigde verricht nevenwerkzaamheden niet in zijn hoedanigheid van advocaat (bijvoorbeeld als bestuurder van een rechtspersoon); 2. een verschoningsgerechtigde woont besprekingen bij met geen ander doel dan de inhoud van die besprekingen onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen; 3. de (bedrijfs)administratie wordt bij een verschoningsgerechtigde ondergebracht met geen ander doel dan die administratie onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen, en 4. een verschoningsgerechtigde wordt bij correspondentie in de cc meegenomen met geen ander doel dan de inhoud van die correspondentie onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen.

De minister signaleert in zijn brief terecht dat volgens het bestaande (wettelijk) kader in bovengenoemde gevallen geen aanleiding bestaat om een beroep op een verschoningsrecht te honoreren. Niets aan de hand dus, zou dan de conclusie kunnen zijn. Helaas, de minister vervolgt met de constatering dat in deze gevallen toch 'met regelmaat' in opsporingsonderzoeken een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht. Het voornemen is dan ook om in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering explicieter dan voorheen tot uitdrukking te brengen dat het verschoningsrecht zich beperkt tot de wetenschap en werkzaamheden welke verbonden zijn aan de hulpverleningstaak van het beroep in het kader waarvan het verschoningsrecht is toegekend.

Het voorgaande overziend zijn wij voorlopig van oordeel dat bezwaarlijk kan worden gezegd dat het verschoningsrecht thans wordt 'misbruikt' en daarom zou moeten worden ingeperkt. Het is zuiverder om te stellen dat

35. ECLI:NL:PHR:2015:2567.

36. ECLI:NL:HR:2016:1027.

37. ECLI:NL:HR:2016:1017.

38. HR 31 mei 2016,

ECLI:NL:HR:2016:1006.

39. EHRM 6 december 2012 (*Michaud/ Frankrijk*), NJ 2014/55.

40. Zie ook de annotatie van B.E.P. Myjer in NJ 2014/55.

41. Zie bijv. HR 14 oktober 1986,

NJ 1987/490 en HR 28 februari 2012,

NJ 2012/537, m.nt. J. Legemaate.

42. HR 10 december 2013,

ECLI:NL:HR:2013:1740. Zie ook HR 29

maart 1994, NJ 1994/537 en HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162.

43. Aldus ook Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 4 februari 2014,

ECLI:NL:RBDHA:2014:1256.

44. Zie bijvoorbeeld S.C. Loeffen,

*Parlementair onderzoek. Een studie van*

*het onderzoeksrecht in Nederland, het*

*Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten*

(diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2013,

p. 82.

45. Aldus het rapport 'De reiziger in de kou', *Kamerstukken II* 2015/16, 33678, 11,

p. 472-473.

46. Zie bijvoorbeeld V. van der Boon,

'OM: beperk verschoningsrecht advocaat

en notaris', *Het Financieele Dagblad* 19 juni

2015.

47. *Kamerstukken II* 2015/16, 29279, 289.

## De voorgenomen wetswijziging lijkt enkel een illustratie van een misplaatst gebrek aan ministerieel vertrouwen in het oordeel van de rechter

de geheimhouders die in de hierboven genoemde vier gevallen een beroep doen op een verschoningsrecht, zulks ten onrechte doen, omdat hen in die gevallen geen verschoningsrecht toekomt. Zoals de minister erkent, volgt al uit de bestaande wetgeving en jurisprudentie dat geen sprake is van een verschoningsrecht in voornoemde gevallen. De voorgenomen wetswijziging zou dan – als wij het goed begrijpen – geen inperking van het verschoningsrecht behelzen, maar enkel een codificatie van de bestaande regels. De vraag is welk probleem hiermee dan wordt opgelost. De voorgenomen wetswijziging lijkt dan enkel een illustratie van een misplaatst gebrek aan ministerieel vertrouwen in het oordeel van de rechter.

### 5. Conclusies

Het verschoningsrecht is een groot goed. Het is niet een sta-in-de-weg voor opsporings- of onderzoeksautoriteiten, geen handigheidje waarmee een advocaat en zijn cliënt zaken verborgen kunnen houden die het daglicht niet kunnen verdragen. Het verschoningsrecht kan zonder overdrijving worden gekarakteriseerd als een hoeksteen van de moderne rechtsstaat, als voortvloeiende van het basale

recht dat een burger in een beschaafde samenleving toekomt om in alle vrijheid en onbekommerdheid zich tot een advocaat te kunnen wenden voor advies en bijstand.

Natuurlijk is het zo – hierboven staan genoeg voorbeelden – dat niet in alle gevallen op voorhand duidelijk is of terecht een beroep wordt gedaan op het verschoningsrecht, maar dat oordeel is in een rechtsstaat aan de rechter. Wij betwijfelen ten zeerste of bestaande onduidelijkheden over de reikwijdte van het verschoningsrecht door codificatie kunnen worden opgelost. Het antwoord op de vraag of een advocaat in zijn hoedanigheid is benaderd, is afhankelijk van maatschappelijke opvattingen over de werkzaamheden die een advocaat pleegt te verrichten, welke opvattingen uiteraard aan verandering onderhevig zijn. Een codificatie zal dan ook na verloop van enige tijd verouderd zijn en moeten worden aangepast. Gelet hierop kan de vraag worden gesteld of de omlijning van de reikwijdte van het verschoningsrecht niet beter – ongemoeid door de wetgever – in handen van de rechter kan blijven, die dergelijke maatschappelijke ontwikkelingen bij zijn oordeelsvorming kan betrekken. De vraag stellen, is hem eigenlijk al beantwoorden. •