

Aan de Voorzitter van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Postbus 20018
2500 EA Den Haag

Den Haag, 3 september 2019
dossiernummer: 102433
telefoonnummer: 070-3353535
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: Professioneel verschoningsrecht

Geachte Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal,

In de aanloop naar het zomerreces zijn in de media verschillende artikelen verschenen over de (veronderstelde) reikwijdte van het verschoningsrecht van advocaten.¹

Het is niet voor het eerst dat dit onderwerp in het middelpunt van de belangstelling staat. De afgelopen jaren heeft het verschoningsrecht flink onder vuur gelegen, met name omdat de (fiscale) opsporing met enige regelmaat stelt in lopende zaken veel 'last' te hebben van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht. Daarbij wordt nogal eens de suggestie gewekt dat advocaten hun verschoningsrecht massaal zouden misbruiken om kwade zaken te verhullen. Met die – oneigenlijke - argumenten wordt vervolgens gepleit voor een stevige inperking van dit recht.

Vooralsnog is aan deze oproep door de wetgever geen gehoor gegeven. Het ministerie van Justitie en Veiligheid heeft het belang van het behoud en de bescherming van de vertrouwelijkheid in de plannen rondom de modernisering van het Wetboek van Strafvordering zelfs expliciet benadrukt en ook de staatssecretaris van Financiën heeft bij de implementatie van de zogenaamde DAC6-richtlijn het wettelijk verschoningsrecht intact gelaten.² Een belangrijk beginsel in onze rechtsstaat lijkt daarmee tot dusver te worden gerespecteerd.

Uit enkele van de eerder genoemde publicaties en de reacties daarop blijkt echter ook dat in de praktijk nog altijd onduidelijkheden en misvattingen bestaan over aard en omvang van het verschoningsrecht. Door leden van uw Kamer zijn naar aanleiding van die publicaties voor het reces vragen gesteld aan de ministers voor Justitie en Veiligheid en Rechtsbescherming.³

¹ <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/07/01/geheimen-achter-een-cordon-bedrijfsadvocaten-kan-dat-a3965696>
<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/06/06/beroepsgeheim-remt-fraudezaken-a3962929>
<https://www.nrc.nl/nieuws/2019/06/14/om-en-fiod-stop-met-schenden-van-het-verschoningsrecht-a3963781>
<https://fd.nl/ondernemen/1304322/om-beroepsgeheim-advocaat-vertraagt-fraudeonderzoek>
<https://fd.nl/ opinie/1304705/fiod-en-om-vertragen-zelf-fraudezaken>.

² Vooralsnog wordt ervan uitgegaan uit dat dit ook de insteek van de staatssecretaris zal zijn bij de eerder aangekondigde 'verduidelijking' van art. 53a AWR. De NOvA zal dit proces op de voet volgen.

³ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019Z14774&did=2019D30283>,
<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2019Z11430&did=2019D23639>.

De Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) hecht er net als Uw Kamer aan dat het publieke debat over dit belangrijke onderwerp op basis van de juiste feitelijke en juridische uitgangspunten en argumenten wordt gevoerd. Met deze brief hopen wij daaraan een bijdrage te kunnen leveren.

Kort samengevat is daarbij de boodschap dat het verschoningsrecht er niet ten behoeve van de advocaat is, maar ten behoeve van de rechtzoekende en van de maatschappij als geheel. Het verschoningsrecht is niet alleen onmisbaar voor de beroepsuitoefening van de advocaat, maar ook voor het functioneren van onze rechtsstaat. De stelling dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht 'lastig' zouden zijn voor de opsporing en dat *dus* tot inperking ervan moet worden overgegaan, miskent dat belang.

1. De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn complementair

De NOvA komt vanuit haar wettelijke taak op voor het belang van een goede rechtsbedeling in Nederland. Die rechtsbedeling, en daarmee de individuele rechtsbescherming, krijgt vorm door het werk van bijna 18.000 advocaten.

Om dit werk voor hun cliënten mogelijk te maken hebben advocaten onder meer een wettelijke geheimhoudingsplicht. Wat iemand zijn advocaat toevertrouwt moet, net als wat iemand met zijn arts bespreekt, geheim blijven.⁴ Het verschoningsrecht is nodig om de vertrouwelijke communicatie waarop de burger recht heeft te kunnen garanderen en is in die zin complementair aan de geheimhoudingsplicht. Het verschoningsrecht maakt dat een advocaat vertrouwelijke informatie niet hoeft te delen. Zou hij dat wel moeten, dan schendt hij immers zijn geheimhoudingsplicht en staat het recht op vertrouwelijkheid van zijn client op het spel.

Als een advocaat zich niet kan verschonen, kan er geen geheimhouding bestaan. Omgekeerd geldt dat zonder de geheimhoudingsplicht een beroep op het verschoningsrecht niet kan slagen. Het verschoningsrecht is dus niet 'los verkrijgbaar', zoals in de discussie wel eens wordt gesuggereerd.

Het is vanwege het belang dat rechtzoekenden hebben bij het recht om vertrouwelijk met een advocaat te kunnen spreken en corresponderen dat de NOvA aandacht vraagt voor de waarde en het in stand houden van het professioneel verschoningsrecht.

2. Geheimhouding en verschoning dienen gezamenlijk een rechtsstatelijk doel

Door de Hoge Raad is de grondslag van het verschoningsrecht omschreven als: 'een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen 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'.⁵

⁴ Vertrouwelijkheid is één van de vijf kernwaarden van de advocaat, vastgelegd in artikel 10a van de Advocatenwet. Naast vertrouwelijkheid zijn de overige kernwaarden partijdigheid, onafhankelijkheid, deskundigheid en integriteit.

⁵ HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

Anders gezegd: in een rechtsstaat moet iedere burger die de hulp van een advocaat inroept in alle openheid kunnen communiceren, zonder dat hij zorg hoeft te hebben dat (een deel van) die communicatie later openbaar gemaakt wordt. Deze vertrouwelijkheid is noodzakelijk om een eerlijke berechting ('fair trial') of om überhaupt de toegang tot het recht mogelijk te maken en geldt dus voor zowel bijstand in een procedure als bij het geven van advies, ook ter voorkoming of vermindering van een procedure. Dat laatste lijkt vaak te worden vergeten, maar komt regelmatig voor.

Het verschoningsrecht is dus een verlengstuk van het recht van de burger op vertrouwelijkheid. Indien de Staat zonder belemmering informatie zou kunnen halen bij een advocaat, betekent dat het einde van dit fundamentele recht.

3. Wie bepaalt of het verschoningsrecht van toepassing is?

Advocaten hebben een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de informatie die aan hen door hun cliënt is toevertrouwd. De geheimhoudingsplicht is sinds 2015 expliciet opgenomen in artikel 11a van de Advocatenwet. Het opzettelijk schenden van een (beroeps)geheim is strafbaar gesteld in art. 272 Wetboek van Strafrecht. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan de advocaat de geheimhoudingsplicht doorbreken en besluiten om zich niet te beroepen op zijn verschoningsrecht, maar dat luistert – tuchtrechtelijk gezien – uiterst nauw.

Of in een concrete situatie het verschoningsrecht van toepassing is, bepaalt de verschoningsgerechtigde advocaat in de eerste plaats (en in eerste instantie) zelf. Uit (standaard-) jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat een beroep van de advocaat op het verschoningsrecht in beginsel door de autoriteiten moet worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is. Daarbij doet niet ter zake of de gegevens zich bij de advocaat zelf of bij zijn cliënt bevinden.

Daar waar de advocaat zich op het standpunt stelt dat het verschoningsrecht van toepassing is en wordt betwist dat dat standpunt juist is, dient een onafhankelijke rechter daarover te oordelen. Dat geldt zowel voor de situatie dat gegevens(-dragere) in beslag zijn genomen,⁶ als voor de situatie dat de advocaat is opgeroepen om in rechte te worden gehoord. Een onafhankelijke rechter heeft dus het laatste woord.

Tot kennisneming van de inhoud van gegevens (door politie en/of justitie) kan slechts worden overgegaan indien dat laatste woord is gesproken. Elke andere mogelijkheid doet afbreuk aan het fundamentele recht van burgers om zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking met een advocaat te (kunnen) verstaan.

Het verschoningsrecht is niet onbeperkt. Onder het verschoningsrecht vallen niet brieven en/of geschriften die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan ervan hebben gediend, aldus art. 98 lid 5 Wetboek van Strafvordering. Dergelijke geschriften kunnen ook zonder toestemming van de advocaat in beslag worden genomen. Het verschoningsrecht kan ook niet worden gebruikt voor het verhullen van strafbare feiten (zie punt 7).

⁶ Voor de situaties waarin een doorzoeking (ter inbeslagneming van fysieke en/of digitale gegevens) plaatsvindt op een advocatenkantoor heeft de NOvA een handleiding opgesteld voor advocaten, die als uitgangspunt heeft dat het recht op vertrouwelijkheid zoveel mogelijk wordt geëerbiedigd: <https://www.advocatenorde.nl/nieuws/handleiding-bij-strafrechtelijke-doorzoeking-geactualiseerd-1>.

De vraag of een advocaat terecht een beroep op zijn verschoningsrecht heeft gedaan dan wel daarvan misbruik heeft gemaakt, kan ook worden beoordeeld door de tuchtrechter, die de beroepsuitoefening door advocaten bewaakt. Daarin ligt de essentie van de koppeling tussen de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht met de uitoefening van het (wettelijk beschermde) beroep van advocaat. Dat beroep brengt met zich dat de advocaat zich behoort te houden aan de voor dat beroep geldende eisen, aan het tuchtrecht ter zake is onderworpen en kan worden gestraft indien hij de normen en waarden negeert. De bevoegde toezichthouder is de lokale deken in het arrondissement waar de advocaat kantoor houdt (zie ook punt 8).

4. Is de *betrokkenheid* van een advocaat voldoende om informatie geheim te houden?

Een punt dat regelmatig terugkeert in de discussie is de vraag of het 'cc-en' van een advocaat in (e-mail) correspondentie als zodanig reeds tot gevolg heeft dat de inhoud van deze correspondentie onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat valt en ter zake deze correspondentie derhalve het verschoningsrecht kan worden ingeroepen.

Leidend uitgangspunt bij beantwoording van deze vraag is dat het verschoningsrecht betrekking heeft op informatie waarvan de advocaat kennisneemt *omdat* hij als advocaat optreedt (die hem "als zodanig is toevertrouwd⁷"). Dat doet een advocaat in ieder geval wanneer hij adviseert over de rechtspositie van een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend. Advies over de rechtspositie kan betrekking hebben op talloze onderwerpen en zeker niet alleen op een (potentiële) juridische procedure of het vermijden daarvan.

Dat geldt ook bij advocatuurlijke feitenonderzoeken, waarbij de advocaat op basis van zijn juridische advisering aan de cliënt leiding geeft aan een onderzoek naar juridisch relevante feiten.⁸ Op dergelijk onderzoek, dat plaatsvindt binnen een juridische context, zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht zonder voorbehoud van toepassing: de rechtzoekende cliënt heeft immers recht op vertrouwelijkheid ten aanzien van het aan hem uitgebrachte advies.

In de huidige praktijk, zo wordt ook door advocaat en hoogleraar Doornbos gesteld in zijn bijdrage in het NJB,⁹ neemt de opsporing bij het aantreffen van een advocaat in de cc-regel al snel aan dat de betreffende informatie daarmee *dus* niet onder het verschoningsrecht valt. Die aanname is als algemeen uitgangspunt onjuist: een advocaat kan wel degelijk in de cc staan in *zijn hoedanigheid als advocaat* en in die hoedanigheid een functie bij die correspondentie vervullen. Het 'functieloos' cc-en van advocaten heeft daarentegen tot consequentie dat de correspondentie niet onder het verschoningsrecht van de advocaat valt.

Kort samengevat: een advocaat in de cc kan betekenen dat sprake is van vertrouwelijke communicatie, maar het hoeft niet. Het is primair aan de advocaat om daarover te oordelen, en bij twist beslist de rechter.

⁷ In de toelichting op de voor advocaten geldende Gedragsregels staat met zoveel woorden vermeld dat het uitgangspunt de vertrouwelijkheid is, dat bepalend is of de informatie 'als zodanig is toevertrouwd', en dat het cc'en *met geen ander doel* dat het onder de vertrouwelijkheid te laten vallen geen geslaagd beroep op het verschoningsrecht mogelijk maakt (gedragsregel 3, 2018).

⁸ Dit advocatuurlijke feitenonderzoek, dat in opdracht van een client plaatsvindt, dient onderscheiden te worden van het onderzoek onder gezag van de Officier van Justitie, met als doel het nemen van bepaalde strafvorderlijke beslissingen (het zgn. 'opsporingsonderzoek'). Dergelijk onderzoek kan niet door advocaten worden verricht.

⁹ <https://www.njb.nl/blog/een-advocaat-in-de-cc-%E2%80%93-is-daar-iets-mis-mee.32611.lynkx>.

Dat die rechterlijke procedure soms enige tijd in beslag kan nemen kan lastig zijn, en in die zin is voorstelbaar dat de opsporingsdiensten 'last' kunnen hebben van het verschoningsrecht. Dit is echter geen reden om de vertrouwelijkheid als leidend principe overboord te gooien. Veel meer zal de oplossing moeten worden gezocht in een versterking in capaciteit van de kabinetten van de rechter-commissaris, zodat sneller een rechterlijk oordeel kan worden verkregen als dat nodig is.

5. De advocaat in dienstbetrekking

Voor advocaten in loondienst bij andere werkgevers dan een advocatenkantoor, zogenaamde advocaten in dienstbetrekking,¹⁰ gelden in beginsel geen andere regels dan voor andere advocaten. Zij zijn advocaat; zij staan ingeschreven op het tableau en zijn onderworpen aan de tuchtregels die voor alle advocaten gelden; ook als zij in dienstbetrekking werkzaam zijn. Dat betekent (ook) dat deze advocaten gehouden zijn de kernwaarden – onafhankelijkheid, partijdigheid, deskundigheid, integriteit en vertrouwelijkheid – in volle omvang te respecteren. Deze advocaten zijn dus ook evenzeer gebonden aan de geheimhoudingsplicht en kunnen en mogen een beroep doen op het daarmee verband houdende verschoningsrecht.

Voor Nederlandse advocaten in dienstbetrekking geldt daarbij dat zij op grond van artikel 5.12 van de Verordening op de advocatuur in bezit moeten zijn van een professioneel statuut. Dat professioneel statuut beoogt de onafhankelijke beroepsuitoefening van de advocaat tegen ongewenste beïnvloeding door de werkgever, met wie per definitie een hiërarchische verhouding bestaat, te beschermen. De conclusie dat advocaten in dienstbetrekking altijd de oren zullen (moeten) laten hangen naar hun werkgever miskent het feit dat (ook) deze advocaten advocaat zijn en daarbij gehouden zijn de aan dat beroep gestelde eisen in volle omvang te respecteren - en tuchtrechtelijk tot verantwoording kunnen geroepen voor het negeren van die eisen.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat bedrijfsjuristen lang niet altijd ook advocaat in dienstbetrekking zijn. Dat zijn zij slechts wanneer zij als advocaat zijn beëdigd en op het tableau van de NOvA staan ingeschreven. Op dat moment gelden voor hen voornoemde advocatuurlijke rechten en verplichtingen.

6. De advocaat in het buitenland vs. de buitenlandse advocaat

De in deze brief genoemde Gedragsregels, Verordening op de advocatuur en overige regels zien op alle advocaten die op het Nederlandse tableau zijn ingeschreven. Zij vallen onder de Nederlandse Advocatenwet. Ook advocaten die in het buitenland werkzaam zijn, kunnen op het Nederlands tableau staan ingeschreven en zijn daarbij dus (in ieder geval) onderhevig aan het Nederlandse tuchtrecht voor advocaten.

Voor 'buitenlandse advocaten' (advocaten die niet op het Nederlandse tableau staan ingeschreven, maar wel op een buitenlands (advocaten-)tableau) geldt evenzeer dat de beroepsuitoefening met zich brengt dat zij enerzijds gehouden zijn de plichten en normen als advocaat te respecteren en anderzijds om die reden een aantal rechten genieten, waaronder (in de regel) verschoningsrecht (*legal professional privilege*). Vanuit de gedachte dat het te beschermen belang het recht op vertrouwelijkheid van de rechtzoekende is, dient ook een buitenlands verschoningsrecht hier in Nederland te worden geëerbiedigd. Als een advocaat bij het passeren van een landsgrens zijn geheimhoudingsplicht zou verliezen, wordt het recht op vertrouwelijkheid immers (volstrekt) illusoir. Wel dient de concrete toepasselijkheid van het betreffende verschoningsrecht te worden beoordeeld in het licht van de regels en de jurisdictie waar het is ontstaan.

¹⁰ Zie artikel 5.9, eerste lid, onderdelen e, f en g van de Verordening op de advocatuur.

7. Kan een advocaat zijn verschoningsrecht inzetten voor het verhullen van criminele activiteiten?

Het verschoningsrecht is bedoeld om adequate advisering en bijstand mogelijk te maken, niet om strafbare feiten te plegen of te verhullen.

Om misbruik te helpen voorkomen, zijn uitzonderingen op het verschoningsrecht geformuleerd. Denk aan het bebloede mes of het originele vervalste geschrift dat in bewaring wordt gegeven bij de advocaat. De wet zegt dat dergelijke voorwerpen (zgn. 'instrumenti delicti' en 'corpora delicti') niet onder de geheimhoudingsplicht vallen en dus ook niet via het verschoningsrecht buiten de waarheidsvinding gehouden kunnen worden.

In de rechtspraak is bovendien het leerstuk van de zeer uitzonderlijke omstandigheden ontwikkeld.¹¹ Wanneer een advocaat verdacht wordt van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband met zijn cliënt, zal het belang van de geheimhouding moeten wijken voor het belang van de waarheidsvinding.

8. Wie houdt toezicht op een juiste toepassing van het verschoningsrecht door advocaten?

Zoals hiervoor reeds is vermeld is het steeds de onafhankelijke en onpartijdige rechter die het laatste woord heeft over de vraag of het verschoningsrecht terecht door de advocaat is ingeroepen.

Bij een beroep op het verschoningsrecht in een strafzaak zal bijvoorbeeld de rechter-commissaris zich in eerste instantie (moeten) uitspreken over het honoreren van dat beroep. Dat oordeel kan aan een hogere rechter worden voorgelegd, waarbij wettelijke beslistermijnen gelden.

Het inroepen van het verschoningsrecht door advocaten is ook een aspect van een goede beroepsuitoefening. Daarop houdt de plaatselijke deken toezicht. De deken, die zelf ook geheimhouder is, heeft vanuit zijn toezichthoudende taak de bevoegdheid om in de vertrouwelijkheidsrelatie tussen advocaat en cliënt te treden. Tegenover de deken kan een advocaat zich niet met succes beroepen op zijn verschoningsrecht; voor de deken op zijn beurt geldt dan een geheimhoudingsplicht gelijk aan die van de advocaat.¹² Op die manier kan een beroep op het verschoningsrecht worden getoetst, zonder dat informatie die vertrouwelijk zou moeten blijven naar buiten wordt gebracht.

Hoewel de berichten in de media soms anders suggereren, is het goed om te benadrukken dat het aantal gevallen waarin 'misbruik' van het verschoningsrecht is vastgesteld, zeer gering is. Dat laat onverlet dat, juist om het verschoningsrecht zo 'zuiver' mogelijk te houden, het terecht is dat dit onderwerp hoog op de agenda staat. In de overleggen met het Openbaar Ministerie en de Belastingdienst over dit onderwerp is om die reden nog eens uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de NOvA en de dekens openstaan voor signalen over gevallen waarin het verschoningsrecht op onjuiste wijze zou zijn toegepast. Dergelijke signalen hierover zullen door de dekens als toezichthouder worden onderzocht.

¹¹ HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 en HR 14 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC3769.

¹² Artikel 45a, tweede lid van de Advocatenwet.

Tot slot

Met het voorgaande hoopt de NOvA een bijdrage te hebben geleverd aan een juist begrip van de aard, omvang en het belang van het behoud van het professioneel verschoningsrecht voor advocaten.

Wij zijn te allen tijde bereid om, indien daar bij de leden van de Kamer behoefte aan bestaat, mondeling een nadere toelichting te geven.

Met vriendelijke groet,
namens de algemene raad

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'J.G.F. Rijlaarsdam', written over a horizontal line.

mr. J.G.F. Rijlaarsdam
algemeen deken