

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

Den Haag, 14 september 2015

Betreft: professioneel verschoningsrecht

Geachte voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal,

Het verschoningsrecht voor advocaten en andere beroepsbeoefenaren staat onder druk.¹ Met name vanuit de opsporing klinkt het geluid dat men er veel last van heeft dat wat advocaten bespreken met hun cliënten, geheim moet blijven. Namens het Openbaar Ministerie is gepleit voor een inperking van het verschoningsrecht.²

De Nederlandse orde van advocaten (NOvA) gaat een discussie over dit thema niet uit de weg. Wel hecht zij eraan dat het debat over dit belangrijke onderwerp wordt gevoerd op basis van de juiste feitelijke en juridische uitgangspunten en argumenten. Met deze brief hoopt de NOvA daaraan een bijdrage te leveren.

1. De geheimhoudingsplicht

De NOvA komt op voor het belang van een goede rechtsbedeling in Nederland. Die rechtsbedeling – en daarmee de individuele rechtsbescherming – krijgt vorm door het werk van meer dan 17.000 advocaten. Om dit werk voor hun cliënten mogelijk te maken hebben advocaten een geheimhoudingsplicht.

De toenmalig staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, de heer F. Teeven, zei op 2 april 2014 bij de Kamerbehandeling van het wetsvoorstel Wet positie en toezicht advocatuur (KS 32 382) waarmee de geheimhoudingsplicht expliciet in de Advocatenwet werd vastgelegd, dat: *“Verreweg de belangrijkste taak van de advocaat is het in rechte opkomen voor de gerechtvaardigde juridische belangen van cliënten en rechtzoekenden. Om die taak goed uit te oefenen heeft de advocaat onder meer een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht. Die heeft hij niet voor zichzelf, maar ten behoeve van zijn cliënt”*. De NOvA onderschrijft dit van harte.

Het verschoningsrecht dient ertoe om de vertrouwelijke communicatie waarop de burger recht heeft, te kunnen garanderen. In die zin is het verschoningsrecht complementair aan de geheimhoudingsplicht. Er kan geen geheimhouding bestaan als een advocaat zich niet kan verschonen en zonder de geheimhoudingsplicht kan een beroep op het verschoningsrecht niet slagen. Het verschoningsrecht is dus niet 'los verkrijgbaar', zoals in de discussie, mede op aangeven van het Openbaar Ministerie, wel is gesuggereerd.

Het is vanwege het belang dat burgers hebben bij deze vertrouwelijkheid dat de NOvA aandacht vraagt voor de waarde en het in stand houden van het professioneel verschoningsrecht.

¹ De Hoge Raad laat er geen misverstand over bestaan dat de advocaat één van de verschoningsgerechtigden is, naast de andere beoefenaren van een vertrouwensberoep te weten de notaris, de arts en de geestelijke. Hoewel advocaten niet de enige verschoningsgerechtigden zijn, spitst deze brief zich wel uitsluitend toe op de advocatuur.

² Zie de artikelen over dit onderwerp die recent verschenen in o.a. het Financieel Dagblad: <http://fd.nl/economie-politiek/1108196/openbaar-ministerie-beperk-verschoningsrecht-advocaat-en-notaris>, alsmede de beantwoording van Kamervragen van 13 augustus 2015, aanhangsel 3029, naar aanleiding van deze -en andere- artikelen.

2. Geheimhouding en verschoning dienen gezamenlijk een rechtsstatelijk doel

Eén van de grondbeginselen van een eerlijk proces is het beginsel van 'equality of arms'. Procespartijen moeten met 'gelijke wapens' kunnen strijden. Het verschoningsrecht dient als schild tegen het zwaard van de opsporing. Dat geldt niet uitsluitend binnen het domein van het strafrecht: in bestuursrechtelijke en civielrechtelijke aangelegenheden is evenzeer een belangrijke rol voor het verschoningsrecht weggelegd.

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'.

Een advocaat is wettelijk bevoegd om, in het geval van een geslaagd beroep op het verschoningsrecht, op bepaalde vragen van de rechter geen antwoord te geven. Op grond van het verschoningsrecht kan de advocaat ook weigeren om door politie of andere opsporingsfunctionarissen gevorderde vertrouwelijke stukken af te geven.

Dat dit zo is geregeld, is niet voor niks. In een rechtsstaat moet iedere burger die verzeild raakt in een juridisch conflict, tegen de overheid of anderszins, met zijn advocaat in volledige openheid kunnen communiceren zonder dat hij bang hoeft te zijn dat (een deel van) die communicatie later openbaar gemaakt wordt. Deze vertrouwelijkheid is noodzakelijk om een eerlijke berechting ('fair trial') of überhaupt de toegang tot het recht mogelijk te maken.

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, dan wordt dit fundamentele recht illusoir.

Door te stellen dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht 'lastig' zouden zijn voor de opsporing en dus tot een inperking ervan moet worden overgegaan lijkt het rechtsstatelijk belang ervan te worden miskend, of in ieder geval flink te worden onderschat.

3. Wie bepaalt of het verschoningsrecht van toepassing is?

Advocaten hebben in beginsel een eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de informatie die hen door hun cliënt is toevertrouwd. Op enkele uitzonderingen na, zoals wanneer sprake is van gewetensnood, geldt in beginsel de *plicht* tot geheimhouding. Dat geldt ook voor het verschoningsrecht: in beginsel is de advocaat als geheimhouder verplicht het verschoningsrecht in te roepen. Het opzettelijk schenden van een (beroeps)geheim is strafbaar gesteld.

Of in een concrete situatie een beroep moet worden gedaan jegens bijvoorbeeld de opsporingsautoriteiten of een civiele wederpartij, bepaalt de verschoningsgerechtigde advocaat dus in de eerste plaats zelf. De eigen verantwoordelijkheid van de advocaat voor het nemen van het besluit om een beroep te doen op het verschoningsrecht is evenwel niet zonder toets. Ook een advocaat is, als hij wordt opgeroepen als getuige, verplicht te verschijnen. Een juiste naleving van de regels wordt getoetst door de rechter.

De wet voorziet ook in een rechterlijke toets bij het in beslag nemen van vertrouwelijke stukken die in het bezit zijn van een advocaat. Omdat het hier om een principieel vraagstuk gaat, heeft de Hoge Raad daarover het laatste woord.

Tot slot kan de vraag of een advocaat terecht een beroep op zijn verschoningsrecht heeft gedaan dan wel misbruik heeft gemaakt, worden beoordeeld door de tuchtrechter die de beroepsuitoefening door advocaten bewaakt.

In tegenstelling tot wat soms in de media is gesuggereerd is het dus wel degelijk mogelijk om het juist en rechtmatig gebruik van het verschoningsrecht te toetsen.

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

In de discussie die momenteel wordt gevoerd is ook de vraag opgeworpen of de vertrouwelijkheid en de bescherming daarvan kan worden ingeroepen *enkel* door de betrokkenheid van een advocaat. Voorbeeld daarvan is het versturen van een e-mail in “cc” aan een advocaat, of het laten aanschuiven van een advocaat bij een zakelijk gesprek, om daarmee te bewerkstelligen dat de inhoud van de mails of gesprekken onder de geheimhoudingsplicht valt.

Hier geldt dat het verschoningsrecht betrekking heeft op informatie waarvan de advocaat kennisneemt omdat hij als advocaat optreedt (die hem “als zodanig is toevertrouwd”). Dat doet een advocaat in ieder geval wanneer hij adviseert over de rechtspositie van een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend omdat hij advocaat is. Advies over de rechtspositie kan betrekking hebben op talloze onderwerpen en zeker niet alleen op een (potentiële) juridische procedure of het vermijden daarvan.

Als een derde aan een advocaat informatie ter beschikking stelt zonder dat die derde de bedoeling heeft om van de advocaat een advocatuurlijke dienst te vragen - die derde is dan geen 'rechtzoekende' – is dat geen reden tot vertrouwelijkheid van die informatie. Een vergelijkbare situatie doet zich voor ingeval een advocaat wordt gevraagd om besprekingen bij te wonen met geen ander doel dan om die besprekingen onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen - en niet met het oog op enige advocatuurlijke dienst.

Essentieel is dus of de advocaat als zodanig optreedt. Dat geldt ook voor advocatuurlijke feitenonderzoeken, waarbij de advocaat juridisch relevante feiten selecteert, rangschikt en beoordeelt om zijn cliënt te adviseren over diens juridische positie en/of hem bij te staan in bijvoorbeeld procedures of onderhandelingen. 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.

5. 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 er uitzonderingen op het verschoningsrecht geformuleerd. Het bebloede mes of het originele vervalste geschrift in bewaring geven bij de advocaat moet niet kunnen. De wet zegt dan ook 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.³

In de rechtspraak is bovendien het leerstuk van de zeer uitzonderlijke omstandigheden ontwikkeld. 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 cliënt moeten wijken voor het belang van de waarheidsvinding.

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

Zoals vermeld onder 5 kan de onafhankelijke en onpartijdige rechter het juist en rechtmatig gebruik van het verschoningsrecht toetsen.

³ Zie het artikel van Rob van der Hoeven, advocaat bij Nauta Dutilh en voorzitter van de Adviescommissie Strafrecht van de NOvA: <https://www.advocatenorde.nl/11388/advocaten/geen-ernstige-sprake-van-beperking-verschoningsrecht-door-rechters.html?thema=verschonings-shy-recht&themaID=11390>

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

Het invoeren 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 ook vanuit zijn toezichthoudende taak de bevoegdheid om in de vertrouwelijkheidsrelatie tussen advocaat en cliënt te treden. Op die manier kan een beroep op het verschoningsrecht worden getoetst zonder dat informatie die vertrouwelijk zou moeten blijven naar buiten wordt gebracht.

Om het verschoningsrecht zo 'zuiver' mogelijk te houden moet misbruik worden aangepakt.

In de overleggen met het Openbaar Ministerie over dit onderwerp is om die reden nog eens uitdrukkelijk te kennen gegeven dat de NOvA openstaat voor signalen over gevallen waarin het verschoningsrecht op onjuiste wijze zou zijn toepast. Dergelijke signalen hierover zullen door de dekens (toezichthouders) worden onderzocht.

Op deze wijze zouden onterechte aanvallen op dit fundamentele recht moeten worden voorkomen.

Tot slot

Met het voorgaande hoopt de NOvA een bijdrage te hebben geleverd aan een beter begrip van de lopende discussie over het verschoningsrecht.

De NOvA is graag 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



W.F. Hendriksen
Algemeen deken

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl