

14

Recente ontwikkelingen rond de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht voor advocaten

D.J.B. de Wolff

In deze bijdrage bespreek ik enkele actuele ontwikkelingen en recente rechtspraak rond de geheimhoudingsplicht (par. 1) en het verschoningsrecht (par. 2) van advocaten.

1. *Vertrouwelijkheid*

Fundamentele kernwaarde

Voor goede advisering en rechtsbijstand is de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en rechtzoekende essentieel. Adequate rechtshulpverlening zonder wettelijk gewaarborgde vertrouwelijkheid noemde de Commissie Advocatuur in het rapport *Een maatschappelijke orde zelfs 'onbestaanbaar'*.¹ Bij de gratie van de vertrouwelijkheid van de communicatie kunnen alle risico's en mogelijkheden naar behoren worden geïnventariseerd en gewogen in relatie tot het geldend recht, aldus de Commissie. De vertrouwelijkheid is bovendien van fundamenteel belang omdat de privacy, vrijheid, autonomie en waardigheid van de rechtzoekende erdoor worden beschermd. De geheimhoudingsplicht, sinds 2015 in art. 11a Advocatenwet vastgelegd en nader uitgewerkt in gedragsregel 3, kan dan ook niet overschat worden.

Informatie aan derden

Het beroepsgeheim wordt met enige regelmaat geschonden. Een advocaat die een vrouw meedeelde dat hij haar niet bij kon staan bij een echtscheiding had tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld omdat hij als reden een eerder contact met de man over de echtscheidingsprocedure vermeldde.² Hij had

zich 'eenvoudigweg niet over de persoon van klager mogen uitlaten en had zich moeten beperken tot de mededeling dat het hem niet vrijstond voor haar op te treden en dat hij daarover geen verdere mededelingen kon doen.' Ook de advocaat die via de rechtsbijstandsverzekeraar van de cliënt was ingeschakeld handelde tuchtrechtelijk verwijtbaar door een e-mail van de cliënt met informatie over diens medische gesteldheid aan de verzekeraar te sturen³ en datzelfde trof de advocaat die de rechtsbijstandsverzekeraar uit de doeken had gedaan waarom er sprake was van een vertrouwensbreuk met de cliënt⁴ en de advocaat die een procesadvies aan de rechtsbijstandsverzekeraar had gestuurd.⁵ Het benaderen van het slachtoffer, een bekende van de advocaat, terwijl de verdachte, de cliënt, daar bezwaar tegen heeft vormt een schending van de geheimhoudingsplicht.⁶

Bij het inschakelen van hulppersonen verstrekt een advocaat alleen informatie of stukken voor zover die hulppersoon daarvan bij de uitvoering van de opdracht kennis moet nemen.⁷ Indien medewerkers van een cliënt,

1 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300-VI, nr. 144, p. 20.

2 HvD 21 september 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:193 (waarschuwing), «TT» 2021/17 m.nt. N.A. de Leon-van den Berg.

3 HvD 31 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:166 (berisping).

4 RvD Amsterdam 12 oktober 2020, ECLI:NL:TADRAMS:2020:222 (waarschuwing).

5 HvD 2 november 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:218 (waarschuwing). In HvD 3 april 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:81 werd een advocaat mede om dezelfde reden een berisping opgelegd; de advocaat had ook zonder overleg met en toestemming van de cliënt een opvolgend advocaat het dossier gestuurd.

6 RvD 's-Gravenhage 21 september 2020, ECLI:NL:TADRSGR:2020:152 (berisping).

7 HvD 24 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:151 (voorwaardelijke schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van 26 weken met een proeftijd van twee jaren).

doordat zij regelmatig op het kantoor van een advocaat aanwezig of werkzaam zijn, toegang hebben tot stukken dan wel gesprekken die onder de vertrouwelijkheid van andere cliënten vallen, dienen zij een geheimhoudingsovereenkomst te ondertekenen.⁸ De ex-advocaat die, na in 2013 geschrapt te zijn, herinschrijving op het tableau verzocht, onder meer met de belofte zich door een coach te laten begeleiden kreeg nul op het rekest. Door de voorgenomen 'indringende' coaching zou de vertrouwelijkheid namelijk in het geding zijn.⁹

In contacten met de media kan een advocaat zich op glad ijs begeven. Een voorbeeld daarvan is het interview met een advocaat die zich publiekelijk negatief uitliet over een ex-cliënt – en die zich overigens inmiddels heeft laten uitschrijven als advocaat.¹⁰

Belangenconflicten

Het optreden tegen (oud-)cliënten in een zaak waarin vertrouwelijke informatie zich tegen die (oud-) cliënten zou kunnen keren, is uiteraard taboe.¹¹ Gedragsregel 15 geeft in dat verband een duidelijk richtsnoer. Voor het geval waarin de advocaat van de ene partij overstapt naar het kantoor van de wederpartij geven de gedragsregels echter geen uitsluitel. Toen een advocaat toetrad tot de Zwitserse

vestiging van een internationaal kantoor waarvan de Amsterdamse vestiging de wederpartij bijstond in een geschil met een oud-cliënt van de overstappende advocaat, overwoog het hof dat die advocaat, zonder zijn geheimhoudingsplicht te schenden, aan zijn voormalige cliënt uitleg had kunnen geven over zijn geheimhoudingsplicht en over de wijze waarop hij daar na de overstap uitvoering aan heeft gegeven en zal geven. Daarbij verdiende het volgens het hof aanbeveling dat hij geen (direct) deel zou ontvangen van de vergoeding van die zaak (anders dan zijn normale salaris of winstdeel), zodat de overgestapte advocaat geen enkel (direct) belang bij de zaak had.¹²

Vertrouwelijkheid jegens derden in acht te nemen

Zegt een advocaat aan een wederpartij of een derde vertrouwelijkheid toe, dan behoort de advocaat die vertrouwelijkheid ook jegens de eigen cliënt in acht te nemen (gedragsregel 3 lid 5). Tot welke problemen dat kan leiden blijkt uit een uitspraak van de Raad van Discipline Arnhem-Leeuwarden.¹³ Een advocaat stelde tijdens een bespreking met de wederpartij, een werknemer van haar cliënte, een bemiddelende rol te hebben gespeeld en aangegeven te hebben dat het gesprek vertrouwelijk was. Maar een bemiddelende rol en vertrouwelijkheid van een gesprek zijn niet te rijmen met de functie van een advocaat die eenzijdig de belangen van de wederpartij behartigt, zo overwoog de raad. De advocaat erkende dat zij met de werkgever informatie uit de bespreking had gedeeld, namelijk dat de werknemer geen vertrouwen meer had in de werkgever, en kreeg daarom een waarschuwing.

De plicht tot het in acht nemen van vertrouwelijkheid kan ook uit de aard van de relatie met een derde voortvloeien, bijvoorbeeld in het geval de advocaat contact heeft met een vertrouwensarts. Sinds de herziening van de

8 RvD Amsterdam 14 oktober 2019, TADRAMS:2019:201 (schorsing in de uitoefening van de praktijk voor de duur van vier weken, tenzij de advocaat volledige medewerking verleent aan ieder nader onderzoek door de deken).

9 HvD 30 maart 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:74 (beklag afgewezen).

10 <https://www.nu.nl/binnenland/6062617/onderzoek-naar-schenden-geheimhouding-oud-advocaat-kroongetuige-nabil-b.html>

11 Zie voor een (nogal schokkend) geval waarin de advocaat daadwerkelijk vertrouwelijke informatie tegen de oud-cliënt gebruikte: RvD Arnhem-Leeuwarden 20 januari 2020, ECLI:NL:TADRARL:2020:21 (onvoorwaardelijke schorsing van 10 weken en een voorwaardelijke schorsing van 10 weken). Een berisping kreeg de advocaat die namens een cliënt een aansprakelijkstelling stuurde naar een partij, een makelaar, die al jarenlang cliënt van het kantoor was, HvD 21 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:143.

12 HvD 13 december 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:235 (klacht ongegrond), «TT» 2020/22 m.nt. N.A. de Leon-van den Berg.

13 RvD Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2019, ECLI:NL:TADRARL:2019:179.

gedragsregels is de communicatie met de advocaat van de wederpartij overigens niet langer als hoofdregel vertrouwelijk, maar moeten advocaten vertrouwelijkheid desgewenst uitdrukkelijk overeenkomen (gedragsregel 26).¹⁴ Net als op grond van de AVG al voorgeschreven is, zal een advocaat, zeker bij het overleggen van gevoelige gegevens, de privacy van derden in acht moeten nemen. Toen een advocaat een registerarbeidsdeskundige bijstond in een tuchtzaak, had hij niet een volledig psychiatrisch rapport in het geding mogen brengen over degene die de tuchtklacht had ingediend tegen de registerarbeidsdeskundige. In het kader van een adequate rechtsbijstand aan de cliënt was het niet noodzakelijk al deze gegevens in het geding te brengen, zo vond het hof.¹⁵

Mediation en schikkingsonderhandelingen

Een advocaat handelt ook tuchtrechtelijk verwijtbaar door zich in rechte uit te laten over de inhoud van vertrouwelijke mediationgesprekken¹⁶ of door stukken over te leggen die in het kader daarvan zijn gewisseld,¹⁷ dan wel mededelingen te doen over de inhoud van schikkingsonderhandelingen.¹⁸ Dit geldt ongeacht of de advocaat bij de mediationgesprekken aanwezig was. De vertrouwelijkheid van de

mediation zou immers 'op onaanvaardbare wijze aan waarde inboeten als het de advocaat steeds zou vrijstaan om naar eigen goeddunken, op grond van een eigen opvatting omtrent hetgeen het belang van zijn cliënt(e) meebrengt en zonder de wederpartij daarin te kennen, in een procedure gebruik te maken van (ook voor de rechter geheim te houden) stukken uit de mediation of zich anderszins uit te laten over het vermeende doel, de inhoud of de uitkomst van de mediation. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan dit anders zijn.¹⁹ Een advocaat mag wel naar voren brengen dat een poging tot mediation niets heeft opgeleverd.²⁰ Ook kunnen opmerkingen over de houding of intentie van de wederpartij toelaatbaar zijn, bijvoorbeeld de opmerking dat de mediation volgens de cliënt een schijnvertoning was.²¹

In een geval waarin de eigen cliënt er een groot belang bij had dat de waarheid aan het licht zou komen, namelijk dat de wederpartij de onjuistheid van eerder geuite aantijgingen van verkrachting had erkend, oordeelde de tuchtrechter dat de advocaat, voorafgaande aan het in geding brengen van stukken uit de mediation, de wederpartij daarvan op de hoogte had moeten stellen en overleg had moeten voeren over de omvang van de ter kennis van de rechter te brengen stukken uit de mediation. Had dat overleg niet tot een oplossing geleid, dan had de deken geconsul-

14 RvD 's-Hertogenbosch 4 mei 2020, ECLI:NL:TADRSHE:2020:39: van uitdrukkelijk overeengekomen vertrouwelijkheid en (dus) overtreding van gedragsregel 26 (nieuw) was geen sprake toen een advocaat steeds boven zijn brieven "PERSOONLIJK & VERTROUWELIJK" had gezet.

15 HvD 21 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:142 (gegrond, maar zonder maatregel, omdat de advocaat de gegevens na protest van de betrokkene had teruggetrokken). Zie voor een min of meer vergelijkbaar geval RvD Arnhem-Leeuwarden 25 maart 2019, ECLI:NL:TADREARL:219:148.

16 RvD 's-Hertogenbosch 29 juni 2020, ECLI:NL:TADRSHE:2020:44 (waarschuwing); RvD 's-Gravenhage 10 februari 2020, ECLI:NL:TADRSGR:2020:38 (waarschuwing).

17 RvD 's-Gravenhage 10 december 2018, ECLI:NL:TADRSGR:2018:256 (waarschuwing).

18 Zie gedragsregel 27. In HvD 5 februari 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:25 leidde overtreding van die regel tot een waarschuwing.

19 HvD 3 juni 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:42. Zie ook Rechtbank Noord-Holland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:13082, waarin de rechtbank weliswaar overwoog dat het in het geding brengen van mediationverslagen in beginsel een onrechtmatige daad oplevert, maar waarin op basis van de omstandigheden van de zaak – er was geen andere manier om inzichtelijk te maken wat de werkelijke intentie van partijen was, dan het in het geding brengen van de mediationverslagen – de tegen de advocaat ingestelde onrechtmatige-daadvordering werd afgewezen.

20 RvD Arnhem-Leeuwarden 27 mei 2019, ECLI:NL:TADRARL:2019:258.

21 HvD 3 juni 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:42, r.o. 5.4.

teerd moeten worden en om bemiddeling moeten worden gevraagd.²²

Uit een beslissing van het hof van discipline van 6 november 2020 blijkt dat een advocaat er alert op moet zijn dat een cliënt zelf de vertrouwelijkheid niet zal schenden.²³ Tussen een werknemer en diens leidinggevende hadden vertrouwelijke mediationgesprekken plaatsgehad, deels in aanwezigheid van hun advocaten. Ook hadden de advocaten in het kader van de mediation met elkaar gecorrespondeerd. De advocaat van de werkgever had wel overleg mogen voeren met de P&O-adviseur van de werkgever, die zelf niet aan de mediation deelnam. Maar toen de advocaat vervolgens met medewerkers van de werkgever overleg voerde over een ontslagprocedure, had hij hen er uitdrukkelijk op moeten wijzen dat de geheimhouding geschonden zou worden als de in de mediation verkregen informatie daarvoor zou worden gebruikt.

Misbruik van informatie

Een rechtzoekende moet erop kunnen rekenen dat adviezen van haar of zijn advocaat vertrouwelijk blijven. Toen een advocaat foto's ontving van adviezen die de advocaat van de wederpartij aan die wederpartij had gestuurd, hadden dan ook alarmbellen moeten afgaan. De foto's waren door zijn eigen cliënt gemaakt na een bespreking, waarbij onduidelijk was hoe die zich toegang tot die adviezen had verschafte; de stelling dat de adviezen open en bloot waren achtergelaten leek niet erg geloofwaardig en de advocaat werd berispt.²⁴

Misbruik van het beroepsgeheim

Advocaten moeten zich er goed van bewust zijn dat kwaadwillenden mogelijk misbruik van hun beroepsgeheim trachten te maken, bijvoorbeeld door de derdengeldrekening van een advocatenkantoor te gebruiken voor ontoelaatbare transacties. Een schorsing is een passende maatregel als de derdengeldrekening

wordt misbruikt.²⁵ Ook op het uitlenen van een geheimhoudertelefoon kan een zware maatregel volgen.²⁶

2. Het verschoningsrecht

Universele grondslag

Om het beroepsgeheim te waarborgen is het verschoningsrecht onontbeerlijk. Het verschoningsrecht ligt her en der in wetten vast, bijvoorbeeld in art. 218 Sv en art. 165 Rv, maar vindt zijn grondslag in een algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen is besproken om bijstand en advies tot een advocaat moet kunnen wenden. Ook zonder wettelijke grondslag kan een advocaat zich dus verschonen, zoals naar voren kwam in de context van een door de Ondernemingskamer gelaste enquête (over de gang van zaken bij SNS). Jegens onderzoekers die in opdracht van de Ondernemingskamer documenten wilden raadplegen op basis van de regeling van het enquêterecht (art. 2:345 BW) kon de advocaat zich verschonen, ook al geldt in dat kader geen specifieke wettelijke verschoningsbepaling.²⁷

22 RvD Amsterdam 21 december 2020, ECLI:NL:TADRAMS:2020:291, klacht gegrond, geen maatregel opgelegd gelet op het grote belang van de cliënt bij waarheidsvinding.

23 ECLI:NL:TAHVD:2020:223 (waarschuwing).

24 RvD Arnhem-Leeuwarden 4 maart 2019, ECLI:NL:TADRARL:2019:51.

25 Een advocaat mag alleen derdengelden ontvangen voor zover deze direct zijn te relateren aan een zaak en deze gelden ook functioneel zijn voor het verloop van die zaak, zie de toelichting op art. 6.22 lid 3 Verordening op de advocatuur. Zie verder HvD 18 december 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:264 (schorsing voor de duur van vier weken, waarvan twee voorwaardelijk); HvD 29 augustus 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:163 (schorsing voor de duur van 26 weken), in beide zaken wegens (onder meer) 'bankieren' met de derdengeldrekening.

26 HvD 30 augustus 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:125 (schorsing voor de duur van twee maanden, waarvan één maand voorwaardelijk).

27 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, «JOR» 2020/138 m.nt. D.R. Doorenbos; *Ondernemingsrecht* 2020/116 m.nt. M.W. Josephus Jitta (SNS). Zie ook HR 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1970, over het onverkort van toepassing zijn van het verschoningsrecht (i.c. van de notaris) en het beklagrecht bij de uitvoering

Toevertrouwd in hoedanigheid

De advocaat kan zich verschonen met betrekking tot alle informatie waarvan de wetenschap hem of haar is toevertrouwd in de hoedanigheid van advocaat.²⁸ Dat betekent dat als een advocaat 'optreedt op een ander gebied, bij voorbeeld als bewaarder van financiële stukken, enveloppen, of iets dergelijks, de inzage in boeken of bescheiden of inbeslagname daarvan niet kan worden tegengegaan met een beroep op zijn plicht tot geheimhouding'.²⁹ Dat neemt niet weg dat informatie over de derdengelden als aan een advocaat in diens hoedanigheid toevertrouwd moet worden beschouwd, tenzij buiten redelijke twijfel staat dat de verlangde informatie niet binnen de vertrouwenssfeer van rechtzoekende en advocaat valt.³⁰ Het geheel aan berichten op een telefoon die de kroongetuige in de Maren-go-zaak, Nabil B., aan zijn advocaat Derk Wiersum had gegeven vormde geen 'toevertrouwde' informatie. Dat was alleen het geval voor zover er berichtenverkeer met een advocaat op te vinden was.³¹

Over de vraag of informatie aan een advocaat was 'toevertrouwd' ging ook een geschil tussen twee zakenpartners die in aanwezigheid van een advocaat overeenstemming zouden hebben bereikt over de verdeling van navorderingsaanslagen en van een geldboete wegens belastingontduiking en witwassen. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat de advocaat als getuige naar waarheid moest verklaren op de vraag of tussen de strijdende partijen overeenstemming was bereikt over een

betalingsverbintenis ter zake van die nahefingsaanslagen en boete en zo ja, met welke inhoud. Mededelingen die tijdens de bespreking waren gedaan en die geen betrekking hebben op de totstandkoming of de inhoud van de overeenkomst gelden, zo overwoog de rechtbank, wel als vertrouwelijk en aan de advocaat als zodanig toevertrouwd.³²

De positie van de cliënt

Kan een cliënt zich beroepen op een van de advocaat afgeleid verschoningsrecht? Dat is niet het geval, zo volgt uit de eerder al genoemde SNS-zaak.³³ Maar dat neemt niet weg dat de cliënt er een gerechtvaardigd belang bij kan hebben om te weigeren mee te werken aan het prijsgeven van informatie die zij of hij met een advocaat in diens hoedanigheid heeft uitgewisseld. Het belang om een advocaat in vertrouwen te nemen zou op onaantoonbare wijze worden geschaad als de cliënt niet zelf zonder vrees voor openbaarmaking het besprokene zou kunnen vastleggen en bewaren. Ook notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten kunnen, aldus de Hoge Raad, met een advocaat in diens hoedanigheid uitgewisselde informatie bevatten, waarvan de raadpleging of verstrekking niet kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat, gelet op de vertrouwenssfeer tussen de cliënt en advocaat, verborgen dient te blijven. De enkele omstandigheid dat deze informatie (ook) is opgenomen of verwerkt in notulen of in schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten van SNS, was niet voldoende voor de conclusie dat de informatie is onttrokken aan de vertrouwenssfeer tussen de rechtspersoon en de verschoningsgerechtigde. Ook de correspondentie tussen SNS Reaal c.s. en De

van een Europees onderzoeksbevel (EOB), als bedoeld in art. 5.4.1 e.v. Sv.

28 N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2018, p. 204 e.v.

29 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21287, nr. 5, p. 26.

30 Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:13 en de conclusie van A-G Wesseling-van Gent van 11 december 2020 in de cassatieprocedure tegen deze uitspraak, ECLI:NL:PHR:2020:1177, onderdeel 2.37. De stichting derdengelden komt in zoverre een afgeleid verschoningsrecht toe.

31 Rechtbank Amsterdam 9 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4911 en Parket bij de Hoge Raad 12 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:18.

32 Rechtbank Rotterdam 8 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:47. De rechtbank verwees naar HR 25 september 1992, ECLI:NL:HR:1992ZC0690, over het ontbreken van het verschoningsrecht in de situatie waarin partijen van de diensten van een notaris gebruik hebben gemaakt om een bepaald resultaat te bereiken en er ten overstaan van die notaris onderhandelingen hebben plaatsgevonden waarbij een bepaalde mate van overeenstemming is bereikt.

33 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS), idem HR 19 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105.

Nederlandsche Bank en het ministerie van Financiën kon vertrouwelijke informatie bevatten, waarvan de raadpleging door of verstreking aan de onderzoekers niet zou kunnen geschieden zonder schending van de vertrouwelijkheid. In zoverre mocht SNS dus weigeren mee te werken aan het door de Ondernemingskamer gelaste onderzoek.

Het 'fiscale verschoningsrecht'

Naar aanleiding van de commotie rond de zogenoemde *Panama Papers* kondigde de staatssecretaris van Financiën in 2017 aan het verschoningsrecht in fiscale zaken te willen aanpassen en verduidelijken.³⁴ Het heeft even geduurd, maar op 23 juli 2020 is als uitwerking van dat voornemen het wetsvoorstel Aanpassing wettelijk fiscaal verschoningsrecht ter consultatie gepubliceerd.³⁵ Belangrijkste onderdeel van het voorstel vormt een wijziging van art. 53a van de Algemene wet inzake Rijksbelastingen. Na die wijziging kunnen advocaten (en notarissen) weigeren te voldoen aan de inlichtingenverplichtingen, voor zover het gaat om wetenschap die rechtstreeks verband houdt met de juridische dienstverlening aan een cliënt, die is gedefinieerd als: a) het verrichten van werkzaamheden betreffende de bepaling van de rechtspositie van die cliënt; b) de vertegenwoordiging en verdediging in rechte van die cliënt; c) het geven van advies aan die cliënt voor, tijdens en na een rechtsgeding en d) het geven van advies aan die cliënt over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.

Op dit voorstel is vanuit de advocatuur brede kritiek gekomen.³⁶ Zo is naar voren gebracht dat onduidelijk is voor welk probleem het

voorstel een oplossing is. Als de belastingplichtige zelf nalatig is in het verstrekken van inlichtingen, bijvoorbeeld het beschikbaar stellen van boeken en jaarstukken, dan heeft de Belastingdienst immers voldoende en verstrekkende bevoegdheden om nakoming af te dwingen. Bovendien kan een advocaat zich nu ook al niet steeds op het verschoningsrecht beroepen. In een recente procedure bleek de Belastingdienst voldoende aannemelijk te hebben gemaakt dat een advocaat voor onbepaalde tijd gelden bewaarde die niet functioneel waren voor een door hem behandelde zaak. Daarom moest de advocaat als 'feitelijk' aangemerkte informatie verschaffen over de hoogte van stortingen van een Luxemburgse bankrekening van de cliënt op de derdengeldenrekening en over de saldi van de cliënt op de derdengeldenrekening op 1 januari van een aantal belastingjaren.³⁷

Het consultatievoorstel lijkt er ten onrechte van uit te gaan dat een belastingplichtige mag weigeren stukken aan de inspecteur te verstrekken als zij of hij deze met een advocaat heeft gedeeld. Maar ook nu al kan een belastingplichtige niet (delen van) een administratie aan een controle door de fiscus onttrekken, louter door deze in bewaring te geven bij een advocaat, zonder dat deze in haar of zijn specifieke maatschappelijke vertrouwensfunctie optreedt.³⁸ Het is ook onterecht om verschoningsrecht niet langer voluit te waarborgen als de advocaat louter als adviseur optreedt. Het geven van rechtskundig advies behoort immers, ook buiten de context van een dreigende, actuele of afgesloten procedure, tot de kern van het werk van advocaten en dat rechtzoekenden zich zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene tot een advocaat moeten kunnen wenden geldt net zo goed als zij slechts juridisch advies willen inwinnen bij een advocaat.³⁹ Waarom dat anders zou moe-

34 *Kamerstukken II* 2016/17, 25 087, nr. 138.

35 <https://www.internetconsultatie.nl/verschoningsrecht>. De consultatie liep tot oktober 2020 en het verdere lot van het voorstel is onduidelijk.

36 Bijvoorbeeld het advies van de NOvA: <https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/1385930173863803192>, alsmede N. van den Hoek & M.B. Weijers, 'Van dergelijke consultatievoorstellen wil men verschoond blijven', *WFR* 2020/189; A.B. Vissers & C.J.M. Perraud, 'De onstilbare informatiehonger van de Belastingdienst', *TvSO* 2020, nr. 5/6, p. 225-232; Alexander van der Voort Maarschalk, Fyrene

Denny & Diede van der Voort, 'Kabinet bedreigt verschoningsrecht in belastingzaken', *NJB* 2021/4.

37 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 januari 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:13.

38 *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 26.

39 Dat vond ook de Minister van Justitie in de kabinetsreactie op het rapport *Een maatschappelijke orde* van de Commissie Advocatuur, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 13, p. 7. Zie verder

ten zijn als het advies fiscaalrechtelijk is, is niet duidelijk gemaakt.

De advocaat in dienstbetrekking en het professioneel statuut

Naar Nederlands recht is het een uitgemaakte zaak dat de advocaat in loondienst van de cliënt (de 'advocaat in dienstbetrekking') ook het verschoningsrecht toekomt. In 2013 overwoog de Hoge Raad: 'Gezien de Nederlandse praktijk en de waarborgen die aldus in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking bestaan, is geen grond om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontzeggen op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is.'⁴⁰ Het woordje 'aldus' sloeg op het zogenoemde professioneel statuut als bedoeld in art. 25 Regeling op de advocatuur, dat advocaten in dienstbetrekking en hun werkgevers moeten ondertekenen ter waarborging van een onafhankelijke praktijkuitoefening en de naleving van de beroeps- en gedragsregels, inclusief de geheimhoudingsplicht.⁴¹ Dat het verschoningsrecht van de advocaat in dienstbetrekking staat of valt met de ondertekening van dat professioneel statuut blijkt uit een recente beslissing van de rechtbank Rotterdam over de advocaten in dienstbetrekking van het Shell-concern.⁴² Die uitspraak betrof twee onderscheiden groepen (buitenlandse) advocaten in dienstbetrekking, advocaten die hun werkzaamheden in Nederland hebben verricht en advocaten die in dienst zijn (geweest) van een dochtermaatschappij van Royal Dutch Shell en die hun dagelijkse werkzaamheden uitoefenden in een ander land. Over de eerstgenoemde advocaten overwoog de rechtbank dat het ontbreken van een ondertekend professioneel statuut de inbedding van de vereiste onafhankelijke positie van advocaat in

dienstbetrekking zodanig aantast dat zij daarmee niet die positie van geheimhouder hadden verworven. Zij kwalificeren dan ook niet als zelfstandig verschoningsgerechtigde in de zin van art. 218 Sv. Ten aanzien van de tweede groep advocaten overwoog de rechtbank dat de enkele omstandigheid dat zij ten tijde van de werkzaamheden in dienst waren van (een dochteronderneming van) een in Nederland gevestigd bedrijf of werkzaamheden hebben verricht die uiteindelijk (ook) in het belang van het hoofdkantoor zijn verricht, onvoldoende rechtvaardigde dat zij aan de op advocaten toepasselijke Nederlandse regels onderworpen konden worden. Hun kwam daarom in beginsel een verschoningsrecht toe, zij het enkel voor zover zij dat recht hebben op grond van de voor hen geldende plaatselijke regelgeving en aan de daarvoor gestelde criteria voldoen. Of het in de praktijk steeds doenlijk is om vast te stellen waar en ten behoeve van welke entiteit in een concern advocaten hun werkzaamheden verrichten laat de uitspraak in het midden. Opmerkelijk is verder dat de rechtbank geen aandacht meer besteedt aan een aspect dat voor de rechter-commissaris wel van belang was, namelijk de omstandigheid dat het hoofd van het Legal Department deel uitmaakt van het Executive Committee van Royal Dutch Shell. Die omstandigheid leidde de rechter-commissaris ertoe om ook de buiten Nederland gevestigde en werkzame advocaten het verschoningsrecht te ontzeggen.⁴³

3. Vertrouwelijkheid onder druk

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht gelden ongeacht de aard van de zaak, maar in zaken waarin de rechtzoekende zich tegen de staatsmacht moet verdedigen is de vertrouwelijkheid bij uitstek fundamenteel. En kwetsbaar. De International Bar Association waarschuwt voor toenemende 'challenges to uphold the line between permissible and impermissible infringements on basic human rights, and lawyers' ability to represent their clients without external interference or pressures and without undue encroachment on

ook N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat*, Apeldoorn: Maklu 2018, p. 206 en de daar vermelde rechtspraak.

40 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101 (*X en Y/H9 Invest c.s.*), r.o. 5.5, *JBPR* 2013/19 m.nt. N.A.M.E.C. Fanoy, *NJ* 2013/670 m.nt. H.B. Krans.

41 Bijlage 4 bij de Regeling op de advocatuur.

42 Rechtbank Rotterdam 28 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:527.

43 Rechtbank Rotterdam 7 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:7856.

the principle of legal professional privilege/professional secrecy.⁴⁴ Zeker in geruchtmakende strafzaken als het al genoemde Maren-go-proces kan de vrije communicatie met de cliënt onder druk komen te staan. Recente voorbeelden zijn het schaduwen van twee advocaten die een cliënt in Dubai bezochten⁴⁵ en de tegenwerking die de advocaten van de al eerder genoemde Nabil B. ondervonden in de samenwerking met hun hulppersoon Peter R. de Vries als vertrouwensman van de kroongetuige.⁴⁶ Ook in het strafrechtelijk onderzoek tegen vermogensbeheerder Box Consultants heeft zich een zorgwekkende ontwikkeling laten zien.⁴⁷ In die zaak moest de Staat erkennen ten aanzien van honderden vertrouwelijke e-mails het verschoningsrecht te hebben geschonden en zijn vragen gerezen over de praktijk van het zogenoemde *uitgrijzen* van geprievilegieerde correspondentie.⁴⁸ Het is en blijft dan ook zaak om het beroepsgeheim maximaal te beschermen en pal te blijven staan voor het verschoningsrecht.

Prof. mr. D.J.B. (Diana) de Wolff
Bijzonder hoogleraar advocatuur aan de UvA
en arbeidsrechtadvocaat in Utrecht.

44 IBA Task Force on the Independence of the Legal Profession, *The Independence of the Legal Profession Threats to the Bastion of a Free and Democratic Society*, IBA 2016, p. 6.

45 <https://www.advocatenblad.nl/2020/08/21/advocatuur-ontzet-over-schaduwen-advocaten-door-politie/>. Zie over deze kwestie ook de mooie opinie van Niels van Schaik, *Tijdschrift Tuchtrect* 2020/43.

46 Zie Rechtbank Den Haag 5 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10706, waarin de voorzieningenrechter uitsprak dat de Staat onrechtmatig handelde door vertrouwelijke communicatie tussen de kroongetuige en Peter R. de Vries tegen te houden.

47 <https://fd.nl/weekend/1356565/stibbe-vs-justitie-uitputtingsslag-om-het-verschoningsrecht-llb1ca05OLal>

48 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 augustus 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:5237.