

Het verschoningsrecht van de advocaat – actuele ontwikkelingen

Diana de Wolff*

In dit artikel staat het verschoningsrecht van advocaten centraal. Nadat ratio en reikwijdte ervan zijn besproken, wordt ingegaan op enkele actuele thema's: het verschoningsrecht van (buitenlandse) in-house-advocaten die in Nederland werken, het verschoningsrecht bij interne feitenonderzoeken en de schending door het Openbaar Ministerie van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen cliënt en advocaat in de geruchtmakende *Box*-zaak. Ten slotte wordt vooruitgeblikt op het voorstel tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering en de wijze waarop het verschoningsrecht daarin zal worden verankerd.

1 Vertrouwelijkheid

Vertrouwelijkheid typeert de advocatuur. Advocaten hebben een geheimhoudingsplicht die alle informatie betreft die zij verkrijgen in de beroepsuitoefening, voor zover bij wet niet anders is bepaald (art. 11a Advocatenwet (Advw)). Schending van de geheimhoudingsplicht vormt een strafbaar feit (art. 272 Wetboek van Strafrecht) en is ook tuchtrechtelijk laakbaar (art. 46 Advw). Uiteraard zal het voor het uitvoeren van de opdracht vaak nodig zijn om informatie over en van de cliënt met derden te delen, bijvoorbeeld om te kunnen onderhandelen met een wederpartij of om in een procedure op te kunnen treden voor de cliënt. Voor zover de juiste uitvoering van de opdracht dit rechtvaardigt en de cliënt daartegen desgevraagd geen bezwaar heeft, mag een advocaat vertrouwelijk verkregen informatie en kennis in contacten met derden gebruiken en overbrengen (gedragsregel 3 lid 3). Dat moet dan in overeenstemming zijn met een goede beroepsuitoefening. Een advocaat moet

zich bijvoorbeeld realiseren dat onnodig grievende of intimiderende uitlatingen ongepast zijn (gedragsregel 7) en mag geen informatie presenteren die in strijd is met de waarheid (gedragsregel 8).

Advocaten hebben een geheimhoudingsplicht die alle informatie betreft die zij verkrijgen in de beroepsuitoefening, voor zover bij wet niet anders is bepaald. Schending van de geheimhoudingsplicht vormt een strafbaar feit

Een advocaat kan ook verplicht zijn tot vertrouwelijke omgang met informatie van een ander dan de cliënt.¹ In het kader van mediation tussen de cliënt en een wederpar-

* Mr. D.J.B. de Wolff was bijzonder hoogleraar advocatuur aan de Universiteit van Amsterdam (2017-2022).

1 Uitvoerder hierover D.J.B. de Wolff, 'Recente ontwikkelingen rond de geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht voor advocaten', *TT* 2021/14.

tij kan bijvoorbeeld vertrouwelijkheid zijn afgesproken. Daaraan zou afbreuk worden gedaan als een advocaat, bijvoorbeeld in een op de mediation volgende procedure, zonder toestemming van alle betrokkenen naar buiten zou brengen wat er in die mediation aan de orde is geweest.² Ook hoort een advocaat de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een wederpartij en diens advocaat te respecteren, ook als de advocaat die informatie per vergissing bereikt of als curator in het faillissement van de wederpartij.³

De vertrouwelijkheid van de communicatie met advocaten wordt mede verzekerd door enkele bijzondere regelingen. Om te voorkomen dat de inhoud van telefoongesprekken met advocaten bij opsporingsautoriteiten terecht kan komen, geldt een systeem van nummerherkenning, waarin alle advocaten hun telefoonnummer(s) en die van hun medewerkers moeten laten registreren.⁴ Gesprekken die gevoerd worden via één van die nummers kunnen niet worden getapt.

Voorts wordt toezicht op advocaten uitgeoefend door de deken van de orde in het arrondissement waar de advocaat kantoor houdt. De deken is ook advocaat en heeft in de toezichthoudende rol een geheimhoudingsplicht, die is neergelegd in artikel 45a lid 2 Advw. De balie hecht sterk aan behoud van het dekenale toezicht, althans toezicht door een orgaan dat uit advocaten bestaat.⁵ Niettemin is het denkbaar dat het toezicht wordt uitgeoefend door niet-advocaten, die dan op vergelijkbare wijze een geheimhoudingsplicht opgelegd zouden kunnen krijgen.

De vertrouwelijkheid van advocaten wordt – last but not least – gegarandeerd door het verschoningsrecht, dat het thema vormt van deze bijdrage. In paragraaf 2 beschrijf ik kort de betekenis, rechtvaardiging en begrenzing van het verschoningsrecht van advocaten. Daarna ga ik in op enkele actuele kwesties die het verschoningsrecht raken (par. 3).⁶ Ik rond af met een korte beschouwing, daarbij ook aandacht schenkend aan het voorstel tot modernisering van het Wetboek van Strafvordering (Sv) (par. 4).

2 Verschoningsrecht

2.1 Rechtsgrond

Over het verschoningsrecht bevat de Advw geen specifieke bepalingen. Het is als een uitzondering op de getuigplicht voor verschillende rechtsgebieden geregeld in diverse wettelijke bepalingen.⁷ Voorts bepaalt artikel

98 Sv dat bij advocaten geen ‘brieven of andere geschriften’ in beslag mogen worden genomen die onder hun verschoningsrecht vallen. Deze bepaling moet waarborgen dat bij een doorzoeking door een opsporingsdienst of het Openbaar Ministerie (OM) geen verschoningsgerechtigde informatie in beslag wordt genomen of digitaal wordt vastgelegd.⁸

Het verschoningsrecht wordt gezien als een algemeen rechtsbeginsel. Het maatschappelijke belang dat iedereen zich tot een advocaat kan wenden zonder vrees voor openbaarmaking van de communicatie met die advocaat weegt in beginsel zwaarder dan het belang van waarheidsvinding

Los van de wettelijke regelingen geldt dat het verschoningsrecht gezien wordt als een algemeen rechtsbeginsel. Het maatschappelijke belang dat iedereen zich tot een advocaat kan wenden zonder vrees voor openbaarmaking van de communicatie met die advocaat weegt in beginsel zwaarder dan het belang van waarheidsvinding.⁹ De status van algemeen rechtsbeginsel heeft enkele consequenties. Ten eerste: ook in het kader van een onderzoek of ondervraging waarop geen wettelijke regeling van het verschoningsrecht van toepassing is, kan (beter gezegd: moet) de advocaat zich op het verschoningsrecht beroepen. Dat is slechts anders als uit de in het concrete geval toepasselijke regeling of de wetgeschiedenis ervan blijkt dat de wetgever het verschoningsrecht in het betreffende kader heeft willen uitsluiten.¹⁰ Ten tweede: de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht is ruim en het verschoningsrecht dus ook. Zo vallen niet alleen adviezen en dossierinhoud eronder, maar bijvoorbeeld ook betalingen aan de advocaat of via de derdengeldenrekening van een advocatenkantoor.¹¹ In de derde plaats: het is in beginsel de advocaat zelf die bepaalt wat onder het verschoningsrecht valt; de rechter toetst dat oordeel marginaal.¹²

Advocaten (en notarissen)¹³ onderscheiden zich met het verschoningsrecht wezenlijk van andere juridische dienstverleners. Schending van het verschoningsrecht door opsporingsautoriteiten vormt een onrechtmatige daad

- 2 HvD (hof van discipline) 7 augustus 2019, ECLI: NL:TAHVD:2019:42 en HvD 15 juni 2018, ECLI: NL:TAHVD:2018:105, RvD (raad van discipline) Den Haag 19 februari 2020, ECLI:NL:TADRSGR:2020:38.
- 3 HvD 3 juni 2019, ECLI: NL:TAHVD:2019:49, respectievelijk HvD 30 mei 2022, ECLI:NL:TAHVD:2022:105.
- 4 Par. 6.3.2 van de Verordening op de advocatuur (Voda).
- 5 Zie over de plannen voor een nieuw landelijk toezichtorgaan, waarin de rol van de deken wordt beperkt www.advocatenblad.nl/2022/06/13/weerwind-een-landelijk-toezichtouder-op-de-advocatuur/.
- 6 In 2016 belichtte Fanoy in dit blad ook al het verschoningsrecht, zie N.A.M.E.C. Fanoy, ‘Verschoningsrecht van de advocaat: veilige haven, geen vrijplaats’, AA 2016, afl. 2, p. 89-92 (AA20160089).
- 7 Zie bijvoorbeeld art. 218 Sv, art. 165 lid 2 Rv en art. 5:20 Awb.
- 8 Voor een beroep op het verschoningsrecht is niet van belang of de informatie zich bij de verschoningsgerechtigde zelf of elders bevindt (zie HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9262).
- 9 HR 1 maart 1985, ECLI: NL:HR:1985:AC9066 (Notaris Maas).
- 10 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, zie hierover J. Boonstra-Verhaert, ‘Het verschoningsrecht van de rechtspersoon’, *TBS&H* 2000, afl. 4, p. 188-191.
- 11 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532.
- 12 HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0422.
- 13 Aan de positie van notarissen besteed ik in dit artikel geen aandacht. Enkele uitspraken die in deze bijdrage worden aangehaald betreffen de positie van de notaris als verschoningsgerechtigde; deze gelden gelijkelijk voor de advocatuur.

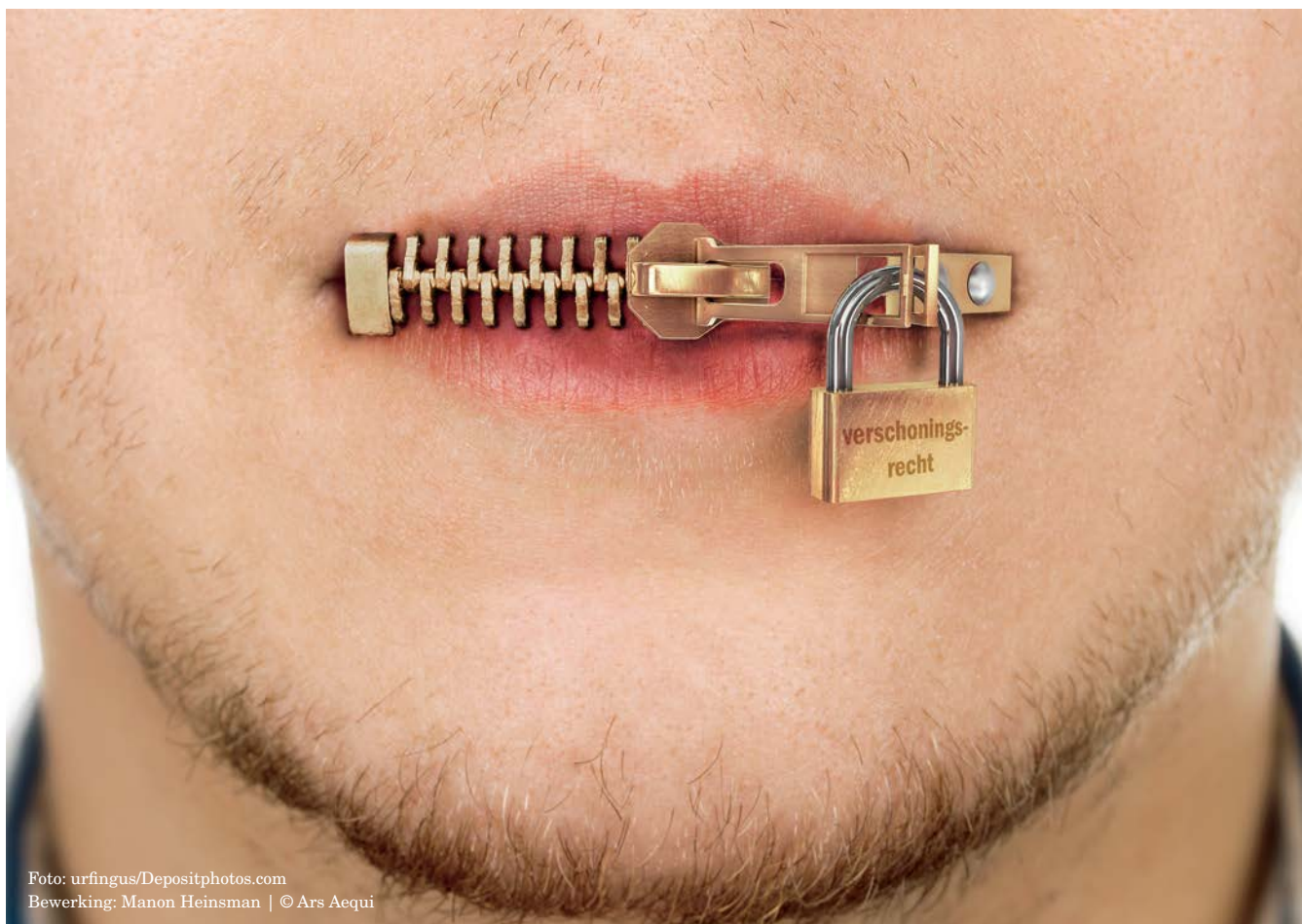


Foto: urfingus/Depositphotos.com
Bewerking: Manon Heinsman | © Ars Aequi

jegens de advocaat.¹⁴ De cliënt zelf kan met een beroep op het door het verschoningsrecht gewaarborgde belang weigeren informatie prijs te geven.¹⁵ Andere juristen kunnen uiteraard aan cliënten of derden vertrouwelijkheid toezeggen, maar zij kunnen niettemin verplicht worden over een cliënt of zaak te getuigen. Deze juristen en hun cliënten kunnen evenmin weigeren om documenten en stukken over de cliënt of een zaak af te staan aan opsporingsautoriteiten of verhinderen dat hun adviezen of andere vormen van communicatie met een cliënt in beslag worden genomen bij een doorzoeking.

2.2 *Rechtvaardiging*

De geheimhoudingsplicht van de advocaat en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht worden, als gezegd, gerechtvaardigd door het maatschappelijke belang van de vertrouwelijke communicatie met een advocaat. Voor de vertrouwelijkheid zijn twee argumenten aan te voeren.¹⁶ Het eerste argument betreft de kwaliteit van de hulpverlening. Een advocaat kan geen goede inschatting maken van de (proces)positie van een cliënt en niet goed adviseren als de cliënt zich niet veilig voelt

om de advocaat alle informatie toe te vertrouwen die deze daarvoor nodig heeft. Een cliënt die op mogelijk laakbare wijze heeft gehandeld moet openheid van zaken durven te geven om een degelijk advies te kunnen krijgen over de implicaties van dat handelen. Dat geldt ook voor de cliënt die niet laakbaar heeft gehandeld, maar onzeker is over de rechten en plichten die in het gegeven geval van toepassing zijn, en voor de cliënt die zich op de hoogte wil stellen van de mogelijke gevolgen van een bepaald voornemen. Het recht is complex en veranderlijk en justitiabelen kunnen zich zonder hulp van een professional meestal onvoldoende op de hoogte stellen van hun rechtspositie, de juridische risico's die zij lopen en de mogelijkheden die zij hebben om die risico's te mitigeren of te voorkomen.

Het tweede argument is fundamenteeler en van mensenrechtelijke aard. De persoonlijke levenssfeer, vrijheid en waardigheid van cliënten behoeven bescherming tegen de macht van de staat en van een eventuele wederpartij. De staat heeft bevoegdheden die diep in kunnen grijpen in het leven van mensen en dat kan ook gelden voor wederpartijen. Zich op een goed geïnformeerde manier tot die

¹⁴ HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273. Zie hierover ook N.A.M.E.C. Fanoy, 'Kroniek functioneel verschoningsrecht; belangwekkende uitspraken in coronatijd', *NTS* 2022/04.

¹⁵ HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS).

¹⁶ Uitvoeriger hierover D. de Wolff, *Kernwaarden van de advocatuur*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 117-122.

bevoegdheden verhouden kan niet zonder de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie met een advocaat.

2.3 Grenzen van het verschoningsrecht

Geen rechten zonder grenzen. Dat geldt ook voor het verschoningsrecht. Voor zover de wet verplicht tot het doorbreken van de geheimhoudingsplicht, kan een advocaat zich uiteraard niet op het verschoningsrecht beroepen. Een belangrijke wettelijke inbreuk op de geheimhoudingsplicht is vervat in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), die advocaten verplicht tot het melden van (kort gezegd) ongebruikelijke transacties (art. 16 Wwft). Wellicht komt daar binnenkort nog een vergelijkbare inbreuk bij. Na de militaire inval van Rusland in Oekraïne heeft Stef Blok, nationaal coördinator sanctienaleving en handhaving, namelijk een doorbreking van de geheimhoudingsplicht voorgesteld ten behoeve van meldingen onder de EU-sanctieverordening.¹⁷

Advocaten komt het verschoningsrecht alleen toe voor zover het gaat om informatie en gegevens waarover zij in het kader van de beroepsuitoefening als advocaat beschikken. Een advocaat die getuige is geweest van een misdrijf dat niet door een cliënt is gepleegd, komt bijvoorbeeld geen verschoningsrecht toe, en in de rol van bijvoorbeeld bestuurder of commissaris van een vennootschap heeft een advocaat evenmin een verschoningsrecht. Dergelijke functies vallen immers niet onder de normale beroepsuitoefening, al zal een advocaat als commissaris ook best wel eens een juridische inschatting geven.

Het verschoningsrecht geldt niet voor documenten en stukken die deel uitmaken van het strafbare feit of tot het begaan daarvan hebben gediend, de zogenoemde corpora et instrumenta delicti. Dat kunnen bijvoorbeeld geantdateerde of anderszins valse aktes of facturen zijn, notulen die essentieel zijn geweest voor de totstandkoming van een frauduleuze constructie¹⁸ of dreigbrieven waarmee een derde is afgeperst, maar het kan ook het wapen zijn waarmee een derde is bedreigd of letsel is toegebracht.

Evenmin geldt het verschoningsrecht voor zover de advocaat zelf op basis van voldoende concrete aanwijzingen verdacht wordt van een ernstig strafbaar feit, bijvoorbeeld betrokkenheid bij grootschalige fraude¹⁹ of het opmaken van valse stukken.²⁰ Er is dan sprake van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden', waardoor het verschoningsrecht wijkt.²¹ In een recente en geruchtmakende zaak²² werden deze

zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen bij een advocaat die werd verdacht van betrokkenheid bij de voorbereiding en uitlokking van zeer ernstige en gewelddadige strafbare feiten: harddrugshandel op grote schaal, witwassen en deelneming aan een criminele organisatie die gericht is op het plegen van strafbare feiten. De advocaat zou berichten van een medeverdachte aan de buitenwereld hebben doorgegeven die mogelijk zagen op het voortzetten van criminele handelingen en een acute dreiging zouden vormen dat zwaar geweld toegepast zou gaan worden met levensgevaar voor anderen.²³

In de afgelopen jaren heeft de kwestie van het verschoningsrecht van de in-house-advocaten van Royal Dutch Shell de nodige aandacht gekregen

3 Drie actuele kwesties

3.1 Buitenlandse in-house-advocaten

Naar Nederlands recht geldt dat het advocaten toegestaan is om in loondienst te zijn bij een cliënt, mits de werkzaamheden in hoofdzaak gericht zijn op de uitoefening van de rechtspraktijk. Het dienstverband mag namelijk niet worden gebruikt als 'dekmantel' voor niet-juridische werkzaamheden.²⁴ Advocaten in loondienst van de cliënt komt in zoverre ook het verschoningsrecht toe. Vereist is echter wel dat de advocaat en de werkgever een professioneel statuut ondertekenen. Daarmee waarborgt de werkgever de onafhankelijke beroepsuitoefening door de werknemer-advocaat tegen ongewenste beïnvloeding door de werkgever, alsmede de nakoming van de gedrags- en beroepsregels die voor advocaten gelden.²⁵ Het professioneel statuut bepaalt in artikel 4 het volgende over de vertrouwelijkheid:

'De werkgever stelt de werknemer in staat zijn verplichtingen met betrekking tot de geheimhouding van gegevens en de vrije en onbelemmerde uitoefening van het verschoningsrecht ter zake van de door hem behandelde zaken en de aard en omvang van daarmee samenhangende belangen. De werkgever onthoudt zich van al hetgeen dat ertoe strekt dat anderen dan de werknemer, de cliënt, door de cliënt aangewezen personen of het in de advocatenpraktijk werkzame personeel van die gegevens kennis kunnen nemen.'

17 Rapport van de nationaal coördinator sanctienaleving en handhaving (bijlage bij de brief van 13 mei 2022 van de minister van Buitenlandse Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, BZ-DOC-307413591-70), p. 13.

18 Rb. Amsterdam 19 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1775. HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, betrof stukken die aantoonde dat een advocatenkantoor tegen betaling politie-informatie verwierf en dat waren dus stukken die tot het begaan van omkoping en heling hadden gediend.

19 HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280.

20 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1565 en HR 25 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2418.

21 Zie hierover F.G.L. van Ardenne & R.J.E. Merkus, 'Het doorbreken van het verschoningsrecht: zijn de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' wel zo uitzonderlijk?', *TBS&H* 2017, afl. 2, p. 84-87.

22 De kwestie betrof de advocaat Youssef T., die als advocaat bijstand verleende aan zijn neef Ridouan T.

23 Rb. Amsterdam 4 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6284.

24 Art. 5.9 Voda en de toelichting daarop en D.J.B. de Wolff, 'De advocaat in dienstbetrekking', *TAC* 2021, afl. 4.

25 Zie art. 5.12 Voda en de toelichting daarop.

Gelet op de eis van ondertekening van het professioneel statuut overwoog de Hoge Raad in 2013 dat er geen grond bestaat om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontzeggen wegens het enkele feit dat hij in dienstbetrekking met de cliënt werkzaam is.²⁶

In de afgelopen jaren heeft de kwestie van het verschoningsrecht van de in-house-advocaten van Royal Dutch Shell de nodige aandacht gekregen. Voor Shell werken niet alleen externe advocaten, maar ook advocaten die een arbeidsovereenkomst hebben met (een onderdeel van) het concern. Het gaat daarbij om Nederlandse advocaten, maar ook om advocaten uit andere landen. Toen Shell verdacht werd van ambtelijke omkoping in Nigeria (de zogenoemde *Etosha*-zaak), vond in een bedrijfspand van Shell in Den Haag een doorzoeking plaats, waarbij documenten en digitale gegevensdragers in beslag werden genomen die waren verzonden of ontvangen door in-house-advocaten in dienst van Shell. Voor een deel van die advocaten gold dat zij niet in Nederland op het tableau stonden, maar in andere landen als advocaat in dienstbetrekking van een Shell-entiteit ingeschreven waren. Met deze advocaten had Shell geen professioneel statuut ondertekend. De Hoge Raad oordeelde dat buitenlandse in-house-advocaten het verschoningsrecht alleen toekomt als zij beschikken over het professioneel statuut of over een overeenkomst met de werkgever die gelijkwaardige garanties biedt voor een onafhankelijke praktijkuitoefening en ongestoorde naleving van de beroeps- en praktijkregels als het professioneel statuut. Voor advocaten uit andere landen dan de lidstaten van de Europese Unie (EU) en de Europese Economische Ruimte (EER) en Zwitserland geldt bovendien de eis dat zij ook naar het recht van het land van herkomst in relatie tot de desbetreffende werkzaamheden verschoningsgerechtigd zijn.²⁷ Met deze uitspraak heeft de Hoge Raad de relevantie van het professioneel statuut opnieuw onderstreept en bovendien zekergesteld dat een advocaat in dienstbetrekking uit een ander land dan een EU/EER-staat of Zwitserland in Nederland geen verschoningsrecht heeft als hij of zij dat in het herkomstland ook niet heeft.²⁸

3.2 Interne onderzoeken

Een ander onderwerp waar de laatste jaren het nodige over te doen is geweest, betreft intern feitenonderzoek door advocaten bij bedrijven. Het doen van feitenonderzoek behoort naar de huidige gangbare opvatting tot

de beroepsuitoefening van de advocaat, zodat daarop ook het verschoningsrecht van toepassing is.²⁹ Dat een advocaat niet kan worden gedwongen om volledige openheid van zaken te geven over de onderzoeksopdracht en -aanpak en over (besprekingen over conceptversies van) het onderzoeksrapport, maakt advocaten en hun cliënten overigens kwetsbaar voor het verwijt van een gebrek aan objectiviteit en eerlijkheid van het onderzoek.³⁰

Het laat zich niet goed rijmen dat de advocaat een onderneming adviseert over onderzochte feiten en tegelijkertijd de opsporing ervan overtuigt dat het onderzoek objectief was. De advocaat is en blijft, ook als intern feitenonderzoeker, een partijdige belangenbehartiger

Enkele jaren geleden meldden het OM en de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) niettemin bij de opsporing meer gebruik te willen maken van zelfonderzoek van de verdachte (onderneming), kennelijk vooral om redenen van budgettaire aard.³¹ Dat zelfonderzoek, dat door advocaten zou kunnen worden uitgevoerd, mede op basis van voorafgaande afspraken tussen de onderneming en het OM of de FIOD, zou dan gevalideerd worden door eigen onderzoek van deze opsporingsorganen. Het gebruik door opsporingsautoriteiten of publieke toezichthouders van intern onderzoek naar mogelijke strafbare feiten door advocaten is omstreden.³² In twijfel wordt getrokken of een onderzoek dat de (potentiële) verdachte zelf laat doen en betaalt en dat door een partijdige beroepsgeheimhouder wordt verricht, wel tot geloofwaardige uitkomsten kan leiden. Het laat zich ook niet goed rijmen dat de advocaat een onderneming adviseert over de onderzochte feiten en tegelijkertijd de opsporing ervan overtuigt dat het onderzoek objectief was.³³ De advocaat is en blijft, ook als intern feitenonderzoeker, een partijdige belangenbehartiger die met inachtneming van de vertrouwelijkheid over de te voeren strategie adviseert aan een cliënt. De onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van de opsporing of een toezichthouder kan in de knel komen wanneer het OM of een toezicht-

26 HR 15 maart 2013, ECLI: NL:HR:2013:BY6101 (*X en Y/H9 Invest c.s.*).

27 HR 24 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:760.

28 Advocaat-generaal Spronken relativeerde in haar conclusie bij de zaak van 24 mei 2022 het belang van het professioneel statuut voor het aannemen van een verschoningsrecht nog aanzienlijk (ECLI:NL:PHR:2022:62).

29 Zie de toelichting op gedragsregel 2 en bijvoorbeeld A. Kristic, 'Het verschoningsrecht in de context van interne onderzoeken', *TBS&H* 2017, afl. 2, p. 76-83.

30 In dat verband is de term 'vaagheidsvinding' gevalen, zie L. van Almelo, "'Partijdig' fraudeonderzoeker doet wenkbrauwen fronsen', *Advocatenblad* 18 april 2019.

31 J. Polman, 'Justitie laat fraudeonderzoek vaker over aan advocaten van bedrijven zelf', *FD* 4 juni 2019, <https://fd.nl/ondernemen/1303100/-oag2ca9Ha39Z>.

32 Zie bijvoorbeeld vragen van de leden Van Nispen (SP) en Groothuizen (D66) aan de minister van Justitie en Veiligheid over de betrouwbaarheid en volledigheid van zelfonderzoek door eigen advocaten van bedrijven (ingezonden 6 maart 2020, nr. 2020Z04460).

33 D.V.A. Brouwer, 'Enkele gedachten over de raadsman die ten behoeve van de opsporing onderzoek verricht', *TvSO* 2020, afl. 3/4, p. 178-182.

houder zeggenschap heeft bij de wijze waarop de advocaat het interne onderzoek uitvoert.³⁴ Bij een intern feitenonderzoek in afstemming met de opsporing kunnen ook de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bekneld raken. De opsporing zal wellicht afspraken willen maken over de toepasselijkheid en reikwijdte daarvan in relatie tot de bevindingen van het zelfonderzoek.³⁵ Uitgangspunt is echter dat een advocaat, ook als de cliënt haar of hem uit de geheimhoudingsplicht ontslaat, steeds een eigen afweging moet maken en dat de maatschappij erop moet kunnen vertrouwen dat advocaten hun beroepsgeheim uiterst serieus nemen. Een afspraak vooraf om het verschoningsrecht prijs te geven moet daarom in het algemeen worden ontraden, al helemaal omdat van tevoren ook niet duidelijk is wat het onderzoek kan opleveren.

3.3 Betrokkenheid van de opsporing bij de screening van documenten

Een derde kwestie die recentelijk veel aandacht heeft getrokken, betreft het strafrechtelijke onderzoek naar fraude, valsheid in geschrifte en witwassen door het Eindhovense bedrijf Box Consultants. In die zaak had het OM in 2015 onder meer op grond van de artikelen 126ng lid 2 en 126ug lid 2 Sv onder de internetprovider van het verdachte bedrijf verstrekking gevorderd van circa twee miljoen e-mailberichten, waarvan er meer dan drieduizend door de advocaten van het bedrijf aan Box Consultants waren verzonden of andersom. Het OM was er op dat moment al mee bekend dat Box Consultants een advocatenkantoor had ingeschakeld voor haar verdediging. Het OM had dus van meet af aan een inbreuk op het verschoningsrecht kunnen en moeten voorkomen door de provider op te dragen uitsluitend niet-geprivilegieerde gegevens te verstrekken.³⁶ Kwalijk is ook dat geen toepassing was gegeven aan artikel 126aa Sv en het daarop gebaseerde Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde gegevens.³⁷ Op grond van die bepalingen moet, indien opsporingsambtenaren kennismaken van communicatie met verschoningsgerechtigden, alles waarop en waarin die communicatie is vastgelegd worden vernietigd. Het OM koos voor een andere aanpak, waardoor alle gevorderde verschoningsgerechtigde informatie eerst door opsporingsmedewerkers werd gelezen en beoordeeld. Ook na deze kennisname vond trouwens nog geen vernietiging plaats. De drieduizend vertrouwelijke e-mails waren aanvankelijk 'uitgrijpsd' op een door het OM gemaakte werkkopie van een usb-

stick waarop zich alle gegevens bevonden. Dat wil zeggen dat ze onzichtbaar waren gemaakt voor de bij de zaak betrokken opsporingsmedewerkers. Maar daarmee waren de gegevens niet definitief vernietigd. Naderhand werd een nieuwe werkkopie gemaakt en werden circa honderd bestanden die eerder waren uitgrijpsd, ter beschikking gesteld van het onderzoeksteam.³⁸ Daardoor was het verschoningsrecht geschonden.³⁹ Aan de inhoud van de onderzochte e-mails ontleende het onderzoeksteam echter de indruk dat het verschoningsrecht door één van de advocaten was misbruikt omdat deze aan het verdachte bedrijf had voorgesteld om uit hoofde van zijn eigen functie een accountantskantoor opdracht te geven om onderzoek te doen bij het bedrijf. De informatie gebruikte het OM vervolgens in een tuchtklacht tegen de betreffende accountants, wat niet had gemogen.⁴⁰ Bovendien vormde de informatie aanleiding voor een doorzoeking en inbeslagname van stukken bij het accountantskantoor, waarbij ook – en ten onrechte – vertrouwelijke informatie in beslag werd genomen.⁴¹

De Box-casus bewijst dat het selecteren en beoordelen van verschoningsgerechtigde informatie geen taak zou mogen zijn van opsporingsambtenaren. Het verkrijgen van verschoningsgerechtigde informatie bij een onderzoek moet zoveel mogelijk worden voorkomen

De casus, hier maar kort weergegeven, bewijst dat het selecteren en beoordelen van verschoningsgerechtigde informatie geen taak zou mogen zijn van opsporingsambtenaren, zelfs niet als zij zelf niet rechtstreeks bij het betreffende onderzoek betrokken zijn, maar de functietitel 'geheimhoudersmedewerker' of iets dergelijks dragen. Het verkrijgen van verschoningsgerechtigde informatie bij een onderzoek moet juist zoveel mogelijk worden voorkomen, bijvoorbeeld door schoningsprogramma's die e-mails automatisch herkennen en verwijderen.⁴² Voor zover er in een opsporingsonderzoek toch informatie wordt verkregen die verschoningsgerechtigd is, moet deze aanstonds vernietigd worden. Mochten de opsporing en de advocaat van mening verschillen over de

34 A.E. van der Wal, 'Interne onderzoeken 2.0 – beschouwingen vanuit het perspectief van de geïnterviewde persoon', *TvSO* 2020, afl. 3/4, p. 183-187.

35 P. van Leusden, 'Zelfonderzoek: enige nuancering', *TvSO* 2020, afl. 3/4, p. 120-123.

36 Rb. Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035, r.o. 4.24.

37 Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (*Stb.* 1999, 548).

38 De feitelijke gang van zaken wordt uitvoerig uiteengezet in Rb. Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035. Zie voor een kritische beschouwing D.R. Doorenbos & M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', *TvSO* 2020, afl. 5/6, p. 217-224. De beide auteurs zijn advocaat bij Stibbe, het kantoor van het verdachte bedrijf.

39 Hof 's-Hertogenbosch 14 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1808 en in cassatie HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

40 De klacht werd ongegrond bevonden, zie Accountantskamer Zwolle 3 augustus 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:58.

41 Zie Rb. Oost-Brabant 22 maart 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:1035, r.o. 2.26.

42 H.B.J. Sluijsmans & V.J.C. de Bruijn, 'Mogelijkheden voor het beter waarborgen van het verschoningsrecht door beheerst gebruik van machine learning', *TBS&H* 2020, afl. 3, p. 102-113.

status van bepaalde data, dan is het aan de rechter-commissaris (R-C) om te bepalen of de advocaat zich terecht op het verschoningsrecht beroept. Het kabinet van de R-C moet waarborgen dat het verschoningsrecht niet in het gedrang kan komen, desnoods door een centrale organisatie onder te brengen bij de rechtspraak die de vertrouwelijkheid van data onafhankelijk kan toetsen. Terecht suggereerde Nan: 'Kan niet één landelijk (super)kabinet worden gevormd om dit soort beslagperikelen af te wikkelen?'⁴³

4 Toekomst

De discussie over de betekenis en reikwijdte van het verschoningsrecht van advocaten in strafzaken zal hoe dan ook verder gevoerd worden in het kader van het project 'Modernisering Wetboek van Strafvordering'. De belangrijkste bepalingen zijn de artikelen 2.7.61 tot en met 2.7.68 van het conceptvoorstel.⁴⁴ Een doorzoeking bij een advocaat⁴⁵ vindt volgens dit voorstel alleen plaats voor zover dat zonder schending van het verschoningsrecht kan plaatsvinden. Dat geldt ook voor een doorzoeking in digitale gegevensdragers of geautomatiseerde werken die gegevens bevatten die zijn ingevoerd door of vanwege een advocaat (art. 2.7.61). Van gegevens waarover het functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt, wordt niet kennisgenomen, behoudens wanneer de R-C anders beslist (art. 2.7.62). Wat voor gegevens geldt, zal ook gelden voor voorwerpen waaraan informatie kan worden ontleend (art. 2.7.63 en 2.7.64). De mogelijkheid te beslissen dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, heeft de R-C in de volgende situaties:

- a. de advocaat geeft toestemming;
- b. de voorwerpen of gegevens maken het voorwerp van het strafbare feit uit of hebben tot het begaan daarvan gediend;
- c. zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van de waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang dat met het verschoningsrecht is gediend.

Alleen de R-C kan, voor zover dat voor het nemen van de beslissing noodzakelijk is, kennisnemen van gegevens of informatie. De R-C beslist niet dan nadat hij de advocaat zo mogelijk in staat heeft gesteld zijn

standpunt kenbaar te maken en kan daarbij beslissen dat de advocaat wordt gehoord buiten aanwezigheid van anderen en zich laten voorlichten door de deken (art. 2.7.65). De R-C wint in ieder geval het advies van de deken in indien hij overweegt om af te wijken van het standpunt van de advocaat of, zonder dat de advocaat zijn standpunt kenbaar heeft gemaakt, te beslissen dat van de gegevens en informatie kennis mag worden genomen. De behandelde bepalingen zullen van overeenkomstige toepassing zijn wanneer bij een inbeslagneming of gegevensonderzoek bij een niet functioneel verschoningsgerechtigde het redelijke vermoeden ontstaat dat voorwerpen of gegevens onder het verschoningsrecht vallen. Ook dan beslist de R-C over de voorwaarden waaronder de inbeslagneming of het onderzoek van gegevens kan plaatsvinden (art. 2.7.67 en 2.7.68).

Een nieuwe wettelijke regeling zal nooit in alle denkbare gevallen ultieme duidelijkheid kunnen geven. Economische, zakelijke en technologische ontwikkelingen roepen vragen op die telkens weer nopen tot nadenken over het belang en de reikwijdte van het verschoningsrecht

Een nieuwe wettelijke regeling zal nooit in alle denkbare gevallen ultieme duidelijkheid kunnen geven. Economische, zakelijke en technologische ontwikkelingen roepen vragen op die telkens weer nopen tot nadenken over het belang en de reikwijdte van het verschoningsrecht. De drie behandelde actuele kwesties zijn daarvan voorbeelden: een multinational waar wereldwijd in-house-advocaten uit zeer verschillende jurisdicties werkzaam zijn, forensisch onderzoek als betrekkelijk nieuwe markt voor advocaten en de langdurige vindbaarheid van communicatie op andere plaatsen dan bij de advocaat of de cliënt, met name bij internetproviders. Steeds zullen zich bij nieuwe situaties spanningen blijven voordoen tussen opsporingsautoriteiten en de advocatuur, zoals dat ook in de beschreven kwesties het geval is.

⁴³Zie voor deze opvatting ook J.S. Nan, 'De praktische kanten van beslag, beklag en het professioneel verschoningsrecht', *TBS&H* 2020, afl. 6, p. 287-289. Zie ook de Kamervragen van Van Nispen (SP) over mogelijke schendingen van het verschoningsrecht door OM en FIOD, ingezonden 18 januari 2022, 2022Z00624: 'Wat vindt u van het idee een centrale organisatie onder te brengen bij de rechtspraak die de vertrouwelijkheid van data in voorkomende gevallen geheel onafhankelijk kan toetsen en daarmee deze beoordeling dus weg te halen bij het OM? Wat zou hierop tegen zijn?' Deze vragen zijn in wezen onbeantwoord gebleven doordat de minister er in haar antwoord van 7 maart 2022 (kenmerk 3815301) mee volstaat alleen de huidige verhouding tussen het OM en de procureur-generaal bij de Hoge Raad uit de doeken te doen.

⁴⁴Ambtelijke versie juli 2020 van het wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, *www.rijks-overheid.nl/documenten/publicaties/2020/07/30/ambtelijke-versie-juli-2020-wetsvoorstel-wetboek-van-strafvordering*. Zie voor eerder commentaar op de vastlegging van het verschoningsrecht in het nieuwe wetboek E. Gritter, 'Modernisering Strafvordering; verschoning en codificatie', *TBS&H* 2017, afl. 2, p. 100-101 en, uitvoeriger en in genuanceerd-kritische zin, N.A.M.E.C. Fanoy, 'Het professionele verschoningsrecht in het nieuwe wetboek', *TMSv* 2019, afl. 1, p. 20-31.

⁴⁵En bij andere functioneel verschoningsgerechtigden, die ik hier verder buiten beschouwing laat.