

37. Ontwikkelingen in het verschoningsrecht van advocaten en notarissen: *work in progress*

MR. DR. N.A.M.E.C. FANOY

In dit artikel gaat de auteur in op een aantal recente uitspraken van de (tucht)rechter waarin de regels rondom het verschoningsrecht nader zijn ingevuld en worden de mogelijke implicaties daarvan benoemd voor de praktijk van advocaten en notarissen.

1. Inleiding

Advocaten en notarissen oefenen een ‘vertrouwensberoep’ uit. Geheimhouding wordt voor hen van wezenlijk belang geacht voor het kunnen aangaan van een vertrouwensrelatie met een cliënt. Zij kunnen simpelweg hun beroep niet goed uitoefenen zonder openhartige en vertrouwelijke communicatie met degene die hen inschakelt voor bijstand of advies, zo is nog steeds de leidende gedachte. Voor advocaten en notarissen geldt kort gezegd dat zij, voor zover niet bij wet anders is bepaald, ten aanzien van al hetgeen waarvan zij in de beroepsuitoefening als zodanig kennisnemen tot geheimhouding verplicht zijn.¹

Het maatschappelijke belang dat gediend wordt met geheimhouding door deze beroepen rechtvaardigt dat deze geheimhouding ‘versterkt’ wordt beschermd door het ‘professionele verschoningsrecht’.²

Het professionele verschoningsrecht is gebaseerd op een in Nederland algemeen – en daarmee voor alle rechtsgebieden – geldend rechtsbeginsel dat inhoudt, dat het maatschappelijke belang van waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijke belang dat ‘ieder zich vrij en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene voor bijstand en advies moet kunnen wenden’ tot een selecte groep vertrouwensberoepen, zoals de advocaat en de notaris.³ Voor cliënten betekent het verschoningsrecht bescherming van vertrouwelijkheid in de overtreffende trap. Advocaten en notarissen mogen immers – en doorgaans ook moeten – tegenover iedereen, onder wie de rechter, zwijgen over zaken die onder hun geheimhou-

dingsplicht vallen.⁴ Bovendien mogen zij met een beroep op hun geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht weigeren om te voldoen aan bepaalde informatie- en medewerkingsplichten jegens bijvoorbeeld toezichthouders en de Belastingdienst.⁵ Ook mogen bepaalde strafvorderlijke dwangmiddelen tegen hen niet worden toegepast.⁶ Voorwaarde is wel dat het gaat om informatie die hun ‘in hoedanigheid is toevertrouwd’.

Over de inhoud, reikwijdte en grenzen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wordt in de praktijk vaak (fel) debat gevoerd, met regelmaat ook voor de rechter. Door de rechter worden de omvang en de grenzen van de geheimhouding en het verschoningsrecht voortdurend verhelderd en nader ingevuld. In dit artikel ga ik in op een aantal recente uitspraken van de (tucht)rechter waarin de regels rondom het verschoningsrecht nader zijn ingevuld en benoem ik mogelijke implicaties daarvan voor de praktijk van advocaten en notarissen.

2. Nadere (procedurele) waarborgen verschoningsrecht

In een belangwekkende uitspraak van 12 maart 2024 beantwoordde de Hoge Raad prejudiciële vragen over het verschoningsrecht.⁷ De vragen waren gesteld door het gerechtshof Den Bosch in een civiele zaak met een strafrechtelijke achtergrond.⁸ In 2015 had het OM in een strafrechtelijk onderzoek naar een vermogensbeheerder een grote hoeveelheid e-mailberichten opgevraagd bij de

1 Zie voor advocaten art. 11a Advocatenwet (AW). Voor notarissen: art. 22 Wet op het notarisambt (Wna), waarin overigens is opgenomen dat ook ‘krachtens de wet’ anders kan worden bepaald.

2 Ook wel aangeduid als ‘functionele verschoningsrecht’.

3 HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066 (*Notaris Maas*). HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (*SNS*). Tot de selecte groep vertrouwensberoepen worden ook medische beroepen en geestelijke (en maatschappelijke) bijstandsverleners gerekend.

4 Zie bijv. rb. Rotterdam 8 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:5643. Uitzonderingen op het verschoningsrecht daargelaten, voor voorbeelden zie par. 4 hierna.

5 Voor de uitzondering op de getuigplicht: zie art. 165 lid 2b Rv, art. 218 Sv en art. 8:33 lid 3 Awb. Zie voorts bijv. art. 53a lid 1 AWR, art. 5:20 lid 2 Awb, art. 174 lid 2 Wft.

6 Zie bijv. art. 96 lid 3 Sv, art. 98 Sv, art. 125I Sv en art. 126aaSv.

7 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.

8 Hof Den Bosch 2 mei 2023, ECLI:NL:GHSHE:2023:1329 (*Stibbe/De Staat*).

externe e-mailprovider van de vermogensbeheerder; het ging om zo'n twee miljoen bestanden.⁹ Daartussen zaten ruim 3.000 e-mails tussen de vermogensbeheerder en zijn advocaten. Het OM, dat ten tijde van deze (heimelijke) vordering wist dat de vermogensbeheerder werd bijgestaan door advocaten, heeft kennisgenomen van de inhoud van een aantal e-mails tussen de verdachte vermogensbeheerder en zijn advocaten. De advocaten zijn pas achteraf bekend geworden met de verstrekking aan het OM van de bij de e-mailprovider gevorderde digitale gegevens, namelijk toen naar aanleiding van enkele van deze verstreekte e-mails eind 2016 een doorzoeking bij de accountant van hun cliënt plaatsvond, waarbij papieren bescheiden en digitale gegevens in beslag werden genomen. Volgens de advocaten had het OM door kennis te nemen en operationeel gebruik te maken van communicatie die onder hun verschoningsrecht viel (hierna ook: 'geprivilegieerde communicatie') (structureel) het verschoningsrecht geschonden. Naar aanleiding van door de advocaten ingediende klaagschriften tegen de inbeslagneming van de gegevens, achtte de rechtbank in de strafzaak bij (onherroepelijk geworden) beschikking van 13 september 2018 het beroep van de advocaten op het verschoningsrecht gegrond.¹⁰

De advocaten zijn nadien meerdere procedures en een aantal getuigenverhoren gestart om de omvang van de inbreuken op hun verschoningsrecht te kunnen vaststellen. In één van deze procedures oordeelde de Hoge Raad dat de advocaten het recht en een eigen belang hadden om *zelf* – dus niet ten behoeve van hun cliënt – voor hun verschoningsrecht op te komen. De Hoge Raad bevestigde niet alleen dat het 'functionele' verschoningsrecht van fundamenteel belang is voor de rechtsbedeling, maar ook dat het verschoningsrecht er mede toe strekt de advocaat zijn taak naar behoren te kunnen laten vervullen.¹¹ In 2022 spanden de advocaten een kort geding aan, dat uiteindelijk leidde tot de door het gerechtshof Den Bosch gestelde prejudiciële vragen. Kort gezegd eisten de advocaten in dit kort geding dat het de Staat zou worden verboden om in de toekomst zonder tussenkomst van een rechter kennis te nemen van vertrouwelijke communicatie tussen advocaten en hun cliënten. De centrale vraag die partijen verdeeld hield, betrof de uitleg van art. 126aa Sv. Op grond van art. 126aa lid 2 Sv moeten mededelingen die onder het verschoningsrecht vallen en die zijn verkregen door de inzet van bijzondere opsporingsbevoegdheden – zoals de bevoegdheden in deze zaak – worden vernietigd. De verantwoordelijkheid voor de vernietiging berust op grond van deze bepaling bij de officier van justitie. De Staat betoogde dat art. 126aa Sv de officier van justitie tevens de bevoegdheid geeft te beoordelen of sprake is (en met het oog daarop ook kennis te nemen) van geheimhoudergegevens. Volgens de advocaten

was deze uitleg van de Staat in strijd met de ratio van en de regels rondom het verschoningsrecht.

De principiële uitspraak van de Hoge Raad – die van belang is voor alle professioneel verschoningsgerechtigden – maakt een (voorlopig) einde aan dit debat. Kort gezegd bevestigt de Hoge Raad dat, zonder toestemming van de verschoningsgerechtigde en zonder tussenkomst van een rechter, kennisneming door derden – waaronder het OM – van geprivilegieerde communicatie niet is toegestaan. De Hoge Raad constateert allereerst dat er een wettelijke leemte is wat betreft de bescherming van het verschoningsrecht in de situatie dat het OM van een aanbieder van een communicatiedienst gegevens vordert en daaraan onderzoek laat doen. De Hoge Raad formuleert in deze uitspraak – in afwachting van nadere regelgeving – een aantal uitgangspunten voor de in een dergelijke situatie te volgen procedures ter bescherming van het verschoningsrecht.¹²

De belangrijkste door de Hoge Raad geformuleerde (procedurele) waarborgen van het verschoningsrecht zijn:

- (i) Politie en justitie moeten doen wat nodig is om inbreuken op het verschoningsrecht zoveel mogelijk te voorkomen, zodra een redelijk vermoeden bestaat dat de vordering tot het verstrekken van gegevens (deels) geprivilegieerde gegevens betreft. Dit houdt onder meer in de verplichting om vermoedelijk geprivilegieerde gegevens zoveel mogelijk buiten de vordering te houden. Bovendien moet een officier van justitie bij de vordering aan de rechter-commissaris tot het verlenen van een machtiging vermelden of zich bij die gegevens mogelijk geprivilegieerde gegevens zullen bevinden, zodat de rechter-commissaris voorwaarden kan verbinden aan de machtiging.
- (ii) Kennisneming van en beoordeling of sprake is van geprivilegieerde gegevens dient niet plaats te vinden door de officier van justitie, maar – zo nodig – door een (andersoortige) functionaris, die objectief en onpartijdig kan handelen en vrij is van elke invloed van buitenaf. Het algemene rechtsbeginsel wordt volgens de Hoge Raad ondergraven als de met het opsporingsonderzoek belaste officier van justitie dan wel het opsporingsteam kan kennisnemen van vermoedelijk geprivilegieerde gegevens.
- (iii) Kennisneming van gegevens moet – voor zover noodzakelijk – door of onder verantwoordelijkheid van de rechter-commissaris plaatsvinden. Indien de rechter-commissaris (bijvoorbeeld door de aard of omvang van de gegevens) het onderzoek niet zelf kan verrichten, mag hij zich laten bijstaan door zodanige functionarissen en op zo'n manier dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt.¹³

9 Het betreft het vorderen van gegevens van een aanbieder van een communicatiedienst op grond van art. 126ng/126ug Sv.

10 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de achtergrond: hof Den Bosch 2 mei 2023, «JOR» 2023/200, m.nt. Fanoy.

11 HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273, r.o. 3.1.3.

12 De Hoge Raad wijst in dit verband op hetgeen hierover is opgenomen in het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering.

13 Zie ook HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, r.o. 3.5.3.

- (iv) De inhoudelijke beoordeling of sprake is van geprivilegieerde gegevens is voorbehouden aan de rechter-commissaris.
- (v) Los van het voorgaande, komt het oordeel of het gaat om geprivilegieerde gegevens in eerste instantie toe aan de verschoningsgerechtigde. De verschoningsgerechtigde moet dan ook in beginsel in staat worden gesteld om zich uit te laten over zijn verschoningsrecht. Van het inwinnen van het standpunt van de verschoningsgerechtigde kan slechts worden afgezien wegens klemmende redenen van onderzoeksbelang.¹⁴ Als het standpunt van de verschoningsgerechtigde niet wordt ingewonnen, moet ofwel een gezaghebbend lid van de beroepsgroep (bijvoorbeeld de deken of ringvoorzitter) worden geconsulteerd, ofwel de filtering worden uitgesteld totdat de belangen van het onderzoek zich niet langer verzetten tegen inwinning van het standpunt van de verschoningsgerechtigde of consultatie van het gezaghebbende lid van de beroepsgroep.
- (vi) Alleen als op voorhand duidelijk is dat filtering van gegevens *zonder kennisneming* kan plaatsvinden, zou ook een bij het opsporingsonderzoek betrokken officier van justitie de filtering kunnen uitvoeren. Hierbij kan worden gedacht aan een geautomatiseerde filtering aan de hand van zoektermen. Kennisneming van gegevens door de officier van justitie dan wel het opsporingsteam, ook van metadata waaruit een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde kan worden afgeleid, blijft uit den boze.
- (vii) De in artikel 126aa Sv voorgeschreven vernietiging van geprivilegieerde gegevens houdt in dat de betreffende digitale voorziening zodanig moet worden bewerkt dat de daarin opgeslagen gegevens niet meer kenbaar zijn.

De Hoge Raad benoemt in de uitspraak expliciet dat aan de verschillende wettelijke regimes dezelfde ratio ten grondslag ligt.¹⁵ Die ratio is dat gegarandeerde vertrouwelijke communicatie met bepaalde vertrouwensberoepen prevaleert boven waarheidsvinding. Naar mijn mening volgt de Hoge Raad hiermee de redenering, zoals die uit de *Notaris Maas*-beschikking kan worden afgeleid: dat het verschoningsrecht zijn grondslag vindt in een algemeen rechtsbeginsel dat geldt, onafhankelijk van het bestaan van een wettelijke regeling, en slechts zijn werking verliest als uit een wettelijke regeling of uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het daarin verankerde verschoningsrecht niet of slechts beperkt geldt.¹⁶ Van dat laatste is dus volgens de Hoge Raad geen sprake.

De door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten (i) t/m (v) en (vii) zijn helder en sluiten aan bij de reeds

geldende (grotendeels in de jurisprudentie ontwikkelde) regels ter bescherming van het verschoningsrecht.¹⁷ Met name wat betreft het uitgangspunt onder (vi) geldt dat in de praktijk zal moeten blijken of en in hoeverre een nog te ontwikkelen geautomatiseerd filterprogramma – bijvoorbeeld op basis van bij de NOvA geregistreerde e-mail adressen van advocaten – het risico op ongewenste kennisneming door derden van geprivilegieerde communicatie zal verkleinen. De NOvA heeft aangekondigd – in overleg met andere partijen uit de strafrechtketen – de technische en juridische consequenties en de praktische uitvoering van zo'n filtersysteem te laten onderzoeken.¹⁸ De door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten zullen worden verwerkt in een nieuwe Aanwijzing verschoningsrecht, die voor iedereen kenbaar zal zijn.

Ten slotte benoemt de Hoge Raad ook (terecht) de eigen verantwoordelijkheid van verschoningsgerechtigden bij de keuze en wijze van communicatie(middelen) met de cliënt.¹⁹ De Hoge Raad wijst in dit verband op Gedragsregel 3 voor advocaten, waarin is bepaald dat advocaten 'passende maatregelen ter handhaving van de vertrouwelijkheid en de communicatie met de cliënt of derden' moeten nemen. Ook op dit punt lijken nadere richtlijnen door de NOvA en de KNB geen overbodige luxe.

3. Inhoud en reikwijdte: 'in hoedanigheid toevertrouwd'?

Zoals aangegeven ziet het professionele verschoningsrecht van advocaten en notarissen op informatie die hun 'in hoedanigheid is toevertrouwd'.²⁰ Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het bij de bepaling van het object van verschoningsrecht en de invulling van het begrip 'in hoedanigheid' gaat om de wetenschap die een verschoningsgerechtigde heeft verkregen in zijn normale beroepsuitoefening.²¹ Met betrekking tot advocaten en notarissen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan als het gaat om juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot de advocaat/notaris heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat/notaris.²² Voor advocaten geldt dat zowel de

14 Of als het redelijkerwijze na de nodige inspanningen niet mogelijk is gebleken de verschoningsgerechtigde in staat te stellen zich uit te laten.

15 Zie onder 6.4.3.

16 Zie r.o. 3.2 van de *Notaris Maas*-beschikking en de conclusie van A-G Timmermans voor HR 3 april 2020 (ECLI:NL:PHR:2020:14, punt 2.19).

17 Ook lijken de uitgangspunten geïnspireerd door het wetsvoorstel tot vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering, waarin de rechter-commissaris wordt belast met beslissingen over kennisneming van voorwerpen en gegevens die (mogelijk) onder het verschoningsrecht vallen. Zie hierover bijv.: D.R. Doorenbos & M.E. Rosing, 'Recht doen aan het verschoningsrecht', *TvSO* 2020-5/6, p. 217-224. N.A.M.E.C. Fanoy, 'Het professionele verschoningsrecht in het nieuwe wetboek', *TMSv* 2019, aflevering 1.

18 Zie nieuwsbericht NOvA 4 april 2024, NOvA en OM willen verschoningsrecht beter waarborgen met mailherkenningsstelsel | Nederlandse orde van advocaten (advocatenorde.nl)

19 Zie onder 6.8.2.

20 Zie art. 165 lid 2b Rv en art. 218 Sv.

21 HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526.

22 HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258. HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.2.1. Voor de notaris: HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

procespraktijk als de adviespraktijk tot het traditionele werkteerterrein van de advocaat horen. Voor de notaris geldt dat het ambtsgeheim zich uitstrekt over de gehele dienstverlening van de notaris en de reikwijdte niet afhankelijk is van de vraag of in het kader van deze dienstverlening een notariële akte tot stand komt.²³

Het antwoord op de vraag wat als gebruikelijke juridische dienstverlening aan de cliënt kan worden beschouwd is echter geen statisch gegeven. Zo is een tijd lang gedebatteerd over de vraag of het in opdracht van een cliënt uitvoeren of begeleiden van interne feitenonderzoeken naar de gang van zaken binnen het bedrijf van een cliënt onder de gebruikelijke werkzaamheden van een advocaat kon worden geschaard. Deze discussie lijkt inmiddels beslecht als het gaat om interne onderzoeken die een advocaat verricht vanuit zijn hoedanigheid van partijdige belangenbehartiger. In een uitspraak van 20 april 2021 nam het gerechtshof Amsterdam tot uitgangspunt, dat de advocaat die in de kwestie die voorlag een dergelijk intern onderzoek had verricht, was benaderd in zijn hoedanigheid van partijdige belangenbehartiger, zodat volgens het hof zowel alle informatie die hij tijdens het interne onderzoek had verkregen als hetgeen hij naar aanleiding van het onderzoek aan de cliënt had geadviseerd, in beginsel onder zijn geheimhouding en verschoningsrecht viel.²⁴ De tuchtrechter voor advocaten heeft echter recent geoordeeld dat dat anders is in situaties waarin een advocaat met zijn opdrachtgever afsprekt dat hij voor die opdrachtgever onafhankelijk en objectief onderzoek zal verrichten en zich ook naar buiten toe als onafhankelijk onderzoeker presenteert.²⁵ Volgens de tuchtrechter komt de advocaat in zo'n geval in een andere relatie tot zijn opdrachtgever te staan dan de klassieke advocaat-cliënt relatie. Er ontstaat dan een relatie met een op zichzelf staand karakter, waarin de kernwaarde partijdigheid in beginsel niet meer geldt. Bovendien heeft dan ook de kernwaarde van de jegens de cliënt te betrachten vertrouwelijkheid volgens de tuchtrechter geen doorslaggevende waarde meer, omdat die op gespannen voet staat met de plicht van de advocaat-onderzoeker om objectief, onafhankelijk en transparant onderzoek te doen. De tuchtrechter wijst in dit verband ook op andere hoedanigheden van de advocaat waarin de kernwaarden een andere inhoud krijgen, zoals het optreden als curator of mediator. Het staat niet ter discussie dat advocaten of notarissen die een specifieke functie (dan wel rol) vervullen, zoals faillissementscurator, bewindvoerder of executeur, niet 'in hoedanigheid'

van vertrouwenspersoon in de eerder genoemde zin optreden, en dat hun bij het vervullen van die specifieke functie in beginsel geen beroep op het verschoningsrecht toekomt. Naar mijn mening geldt deze conclusie in beginsel dan ook voor de advocaat die zich zowel naar zijn opdrachtgever als naar buiten toe als 'onafhankelijk onderzoeker' presenteert en zich verplicht tot het doen van 'onafhankelijk, objectief en transparant onderzoek'.

Om als 'verschoningsgerechtigde informatie' te kunnen worden gekwalificeerd moet het ook gaan om informatie die aan de verschoningsgerechtigde is 'toevertrouwd'. Dat begrip wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Bij de beoordeling van de vraag welke informatie als toevertrouwd heeft te gelden wordt – met het oog op de rechtszekerheid – geen onderscheid gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens.²⁶ Het kan gaan om zowel mondelinge als schriftelijke, papieren dan wel digitale communicatie; wáár de informatie zich bevindt of de wijze waarop de informatie is opgeslagen is niet doorslaggevend. Zo bevestigde de Hoge Raad in genoemde uitspraak van 12 maart 2024 dat de bescherming van het verschoningsrecht zich ook uitstrekt tot geprivilegieerde gegevens die zijn opgeslagen bij een aanbieder van een communicatiedienst (zoals een e-mailprovider), ook als die gegevens door toedoen van de cliënt daar zijn opgeslagen.²⁷ De bescherming van het verschoningsrecht strekt zich bovendien verder uit dan de zuivere advocaat/notaris-cliënt communicatie. Correspondentie met derden en van derden verkregen stukken kunnen onder het verschoningsrecht vallen.²⁸ Ook notulen en schriftelijk vastgelegde bestuursbesluiten van een rechtspersoon kunnen vertrouwelijke met een advocaat of notaris gedeelde informatie bevatten en om die reden onder het verschoningsrecht vallen.²⁹ Uit de jurisprudentie volgt voorts dat (meta)data, waaruit het bestaan van een (toekomstige) hulpverleningsrelatie met een verschoningsgerechtigde kan worden afgeleid, verschoningsgerechtigde informatie kunnen bevatten.³⁰ Daarbij kan gedacht worden aan een agenda,³¹ camerabeelden,³² declaraties en onderliggende urenspecificaties,³³ een lijst met namen of e-mailadressen van verschoningsgerechtigden,³⁴ of informatie

23 Zie bijv. Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2023, ECLI:NL:TNORARL:2023:37 / Notamail 24 juli 2023, 116. Het geldt zowel voor de wettelijke als buitenwettelijke werkzaamheden van de notaris.
24 Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1091. Zie ook HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:751.
25 Hof van Discipline 2 juni 2023, ECLI:NL:TAHVD:2023:59. Zie ook RvD Den Haag 2 september 2024, ECLI:NL:TADRSGR:2024:151.

26 *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.4. Voor een belangrijke uitzondering op het begrip 'toevertrouwd' in geval van contractsonderhandelingen, zie F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 209 e.v.
27 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.2.2. Zie bijv. ook HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:751, waarin de FIOD bij de cliënt thuis een ordner had meegenomen waarin zich correspondentie met zijn advocaat bevond.
28 Zie bijv. HR 24 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4666. HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS), r.o. 3.4.3. Zie over de advocaat in de cc: D.R. Doorenbos, 'Een advocaat in de cc, is daar iets mis mee?', *NJB* 2019, afl. 25, p. 1802-1803.
29 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS), r.o. 3.4.2.
30 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.
31 HR 15 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0491.
32 HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553.
33 HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4663; rb. Amsterdam 27 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5020.
34 HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.

aangaande de derdengeldenrekening van een advocaat.³⁵ Daar tegenover staat dat niet alles wat advocaten of notarissen van hun cliënten in ontvangst of in bewaring nemen automatisch door het verschoningsrecht wordt beschermd. In een zaak waarin een cliënt zijn mobiele telefoon aan zijn advocaat in bewaring had gegeven, oordeelde de Hoge Raad dat een advocaat niet als een soort kluis kan fungeren waarin de cliënt alle informatie kan ‘opslaan’, ongeacht of de advocaat met de inhoud ervan bekend is.³⁶

De invulling van het begrip ‘toevertrouwd’ wordt in de jurisprudentie voor advocaten en notarissen grotendeels op gelijke wijze ingevuld. De notariële tuchtrechter lijkt op dit punt echter een enigszins (ook van de advocatuurlijke tuchtrechter) afwijkende interpretatie te hanteren. Hoewel in het notariële tuchtrecht als uitgangspunt geldt, dat een notaris – ingeval van klachten van derden – in zijn verweer niets mag openbaren wat hij met de cliënt heeft besproken en wat hem door de cliënt is toevertrouwd, heeft de notariële tuchtrechter herhaaldelijk geoordeeld dat in zijn algemeenheid de geheimhoudingsplicht van een notaris zich niet uitstrekt tot de wijze waarop een notaris te werk gaat.³⁷ Bij het voeren van verweer door de notaris is wel aanvaard dat hij onder omstandigheden globaal zijn werkwijze in het dossier van de cliënt ‘mag’ (en soms moet) beschrijven. Dit speelt met name – maar niet uitsluitend – in tuchtzaken waarin familieleden van een erflater klagen, die na kennisgeving van diens testament (met voor hen teleurstellende inhoud) de notaris verwijten dat hij vóór het verlijden van het testament de wilsbekwaamheid van de erflater onvoldoende zou hebben onderzocht. Ik meen dat dit uitgangspunt potentieel schuurt met de hiervoor omschreven ruime uitleg van het begrip ‘toevertrouwd’ door de Hoge Raad, waarin ook gegevens waaruit het bestaan van een cliëntrelatie kunnen worden afgeleid al verschoningsgerechtigd zijn.³⁸ Uit de (overige) jurisprudentie volgt expliciet dat vragen die betrekking (kunnen) hebben op de contacten die hebben plaatsgevonden tussen een notaris en zijn cliënt – waaronder de vraag hoe dan wel op wiens verzoek het contact met cliënt is ontstaan en de vraag of en zo ja welke opdracht en stukken hij heeft gekregen, de aanlei-

ding voor de opdracht en welke werkzaamheden daaronder vielen – bij uitstek onder de geheimhouding vallen en dus niet mogen worden beantwoord.³⁹ Dat een notaris advies inwint van de vertrouwensnotaris en/of de ringvoorzitter over een beroep op geheimhouding, acht de tuchtrechter een zorgvuldige handelwijze.⁴⁰ Ik meen dan ook dat notarissen ook in hun verweer in tuchtzaken uiterst zorgvuldig en terughoudend te werk moeten gaan bij een eventuele beschrijving van hun werkzaamheden en ervoor moeten waken dat ze niet meegaan in een *fishing expedition* van derden in een onderliggend geschil met de cliënt.⁴¹ Per slot van rekening is het primair aan de notaris (of advocaat) om te bepalen of iets onder zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht valt.

4. Zeer uitzonderlijke omstandigheden

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat en notaris zijn niet absoluut. De geheimhoudingsplicht kan bijvoorbeeld op grond van de wet worden doorbroken of opzijgezet. Zo kunnen notarissen en advocaten bij het verlenen van bepaalde diensten als meldingsplichtige instelling in de zin van de Wwft worden aangemerkt. In dat geval rust op hen de verplichting tot het melden van ongebruikelijke transacties aan de Financial Intelligence Unit (FIU).⁴² Art. 18a Wwft bepaalt dat advocaten en notarissen niet gebonden zijn aan hun geheimhoudingsplicht bij het melden van een transactie of het verstrekken van (aanvullende) gegevens in de zin van de Wwft. Ook ten behoeve van het uitoefenen van toezicht op notarissen en advocaten of in een tuchtrechtelijk onderzoek, bestaan voor beide beroepsgroepen (wettelijke) uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht.⁴³ Los daarvan geldt dat advocaten en notarissen het recht hebben zich te verweren in een tegen hen ingestelde tuchtprocedure en een doorbreking van de geheimhoudingsplicht dan gerechtvaardigd kan zijn.

Daarnaast is in de jurisprudentie van de Hoge Raad aanvaard dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, ook met betrekking tot hetgeen waarvan de wetenschap de verschoningsgerechtigde als zodanig is toevertrouwd, moet prevaleren boven de eerbiediging van

35 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532. Voor notarissen geldt een (beperkte) informatieplicht die ziet op verstrekking van bepaalde gegevens aangaande (verrichtingen met betrekking tot) de derdengeldenrekening ten behoeve van de fiscus en de opsporingsautoriteiten, zie art. 25 lid 8 en 9 Wna.

36 HR 9 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:193. Zie ook rb. Rotterdam 13 oktober 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:10152. Zie in dit verband art. 6.20 van de Verordening op de advocatuur.

37 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3267. Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 28 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1164. Zie ook: Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:10. Dit uitgangspunt geldt ook als er nog geen tuchtklacht is en een belanghebbende vragen heeft over de gang van zaken bij de totstandkoming van een akte.

38 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375. Zie ook J.H.C. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet (druk 9)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 283, waarin Waaijer de verlening van een opdracht aan een notaris als een vertrouwelijke aangelegenheid beschouwt.

39 Zie bijv. Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:37. Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 6 april 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:10.

40 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 30 juli 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:2014.

41 Illustratief voorbeeld van een schending van de geheimhoudingsplicht: Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 12 juli 2021, ECLI:NL:TNORARL:2021:37. Kamer voor het Notariaat Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2023, ECLI:NL:TNORARL:2023:37 / Notamail 24 juli 2023, 166.

42 Art. 1a lid 4 onder c en d Wwft jo. art. 16 Wwft. Zie echter art. 1a lid 5 Wwft: indien het advies of de bijstand van advocaten en notarissen – kort gezegd – ‘procesgerelateerd’ is, is de Wwft op hen niet van toepassing en mogen zij als gevolg van hun geheimhoudingsplicht niet tot melding overgaan.

43 Zie voor notarissen art. 111 Wna en voor advocaten art. 45a AW.

het verschoningsrecht.⁴⁴ Wanneer sprake is van dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden is niet in een algemene regel vervat. Aan een doorbreking van het verschoningsrecht stelt de Hoge Raad zware motiveringseisen, waarbij beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit moeten worden betrokken.⁴⁵

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het voor advocaten en notarissen bij het aannemen van ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ tot nu toe steeds gaat om situaties waarin de advocaat of notaris wordt verdacht van het (mede)plegen van een als ‘ernstig’ gekwalificeerd strafbaar feit, bijvoorbeeld het vormen van een crimineel samenwerkingsverband met cliënten.⁴⁶ Er moet sprake zijn van een redelijk vermoeden van een ernstig strafbaar feit; de mate van ‘stevigheid’ van de verdenking is daarbij niet doorslaggevend.⁴⁷ Er moeten in ieder geval voldoende concrete aanwijzingen zijn voor de verdenking.⁴⁸ Daarbij geldt dat een inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid en de belangen van andere cliënten niet onevenredig mogen worden getroffen.⁴⁹

Deze lijn in de jurisprudentie werd ook gevolgd in een recente uitspraak van de Hoge Raad waarin de vraag speelde of het notariële verschoningsrecht mocht worden doorbroken. In de zaak die aan deze uitspraak ten grondslag lag had de rechtbank een klaagschrift van de waarnemer van het protocol van twee oud-notarissen tegen inbeslagneming van gegevens ongegrond verklaard. In een strafrechtelijk onderzoek tegen een andere – van ernstige strafbare feiten verdachte – notaris was er beslag gelegd op gegevens, waarin ook de namen van deze (niet-verdachte) oud-notarissen voorkwamen. De rechtbank had al eerder ten aanzien van de verdachte notaris geoordeeld dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden, die de doorbreking van zijn verschoningsrecht rechtvaardigden en vond dat dit enkele gegeven tevens de doorbreking van het verschoningsrecht van de waarnemer rechtvaardigde.

Anders dan de rechtbank oordeelde de Hoge Raad dat, als sprake is van verdenking van een ernstig strafbaar feit tegen een notaris, dit nog niet de doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigt van derde-verschoningsgerechtigde notarissen, waarvan gegevens bij de beslagneming in de strafzaak tegen eerstgenoemde notaris worden aangetroffen en die zelf geen verdachten zijn.⁵⁰

Een voorbeeld van een uitspraak, waarin naar mijn mening onvoldoende rekening is gehouden met vorenomschreven jurisprudentie, is een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in een recente zaak, waarin een advocaat met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht een perspublicatie trachtte te voorkomen, omdat daarin gebruik zou worden gemaakt van heimelijke opnames van een gesprek tussen hem en twee kantoorgenoten (waarvan één kantoorgenoot – destijds – ook advocaat was).⁵¹ Het hof nam veronderstellenderwijs aan, dat de in de concept publicatie weer te geven delen van de opgenomen gesprekken weliswaar geheimhoudersinformatie bevatten, maar liet op grond van een belangenafweging het belang van de persvrijheid (‘het zwaarwegende maatschappelijke belang van de voorgenomen publicatie, dat een bijdrage beoogde te leveren aan het publieke debat’) prevaleren boven het door de geheimhoudingsplicht gediende belang van vertrouwelijkheid. Volgens het hof deed daaraan niet af dat de krant deze geheimhoudersinformatie had ontvangen van een derde, die de informatie mogelijk op onrechtmatige wijze had verkregen. De door het hof in deze zaak gemaakte belangenafweging is in mijn ogen niet te verenigen met het karakter en de ratio van het verschoningsrecht, dat immers gebaseerd is op een algemeen rechtsbeginsel waarin vertrouwelijke communicatie met advocaten en notarissen in beginsel prevaleert boven ‘waarheidsvinding’. Dat klemte te meer nu het hof zich niet heeft uitgelaten over de eventuele aanwezigheid van zeer uitzonderlijke omstandigheden, die een doorbreking van het verschoningsrecht in deze casus zouden kunnen rechtvaardigen. Bovendien heeft het hof naar mijn mening ten onrechte geen rekening gehouden met het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt, dat het verschoningsrecht er mede toe strekt een advocaat zijn werk naar behoren te kunnen laten vervullen, zodat advocaten zelfstandig kunnen opkomen tegen een schending van het verschoningsrecht en zo nodig zelf door middel van een verbodsactie kunnen trachten te voorkomen dat door derden kennis kan worden genomen van vertrouwelijke gesprekken met cliënten.⁵²

5. Afsluitende opmerkingen

Uit voorgaande selectie van uitspraken volgt dat de reikwijdte en de grenzen van het verschoningsrecht van advocaten en notarissen door de rechter nog voortdurend nader worden ingevuld en verhelderd: *work in progress*. Er zijn

44 Zie *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.6. Zie ook HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375, r.o. 6.2.3.

45 Zie bijv. HR 15 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0491; HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386; HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1092.

46 Zie bijv. HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5665; HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3314 (t.a.v. notarissen). Zie t.a.v. advocaten bijv. HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162; HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1740. Zie hierover ook Conclusie A-G Hartevelt 8 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, onder 5.12, en conclusie A-G Spronken 27 augustus 2024, ECLI:NL:PHR:2024:819, onder 8.10 en 8.11. Voor artsen spelen ook andere factoren een rol, zie hierover: N.A.M.E.C. Fanoy, ‘Kroniek functioneel verschoningsrecht; belangwekkende uitspraken in coronatijd’, *NTS* 2022/04, p. 21.

47 HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1740.

48 Rb. Utrecht 30 juli 2007, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN8673: het enkele feit, dat de mogelijkheid dat de notaris in samenspraak met en ten behoeve van koper opzettelijk en valselijk een akte zou hebben opgemaakt denkbaar was, achtte de rechtbank onvoldoende concreet om het verschoningsrecht te doorbreken.

49 Zie bijv. HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3805. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:223.

50 Zie HR 24 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1290.

51 Hof Amsterdam 29 februari 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:428.

52 HR 19 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:273.

naar mijn mening de afgelopen periode goede stappen gezet ter (nadere) waarborging van de regels rondom het verschoningsrecht. Met name uit de uitspraak van de Hoge Raad van 12 maart 2024 volgt dat hierin de komende tijd niet alleen een verruiming van de taak van de rechter(-commissaris) wordt voorzien, maar ook dat inschakeling van de deken of ringvoorzitter vermoedelijk vaker aan de orde zal zijn. Ter afsluiting van deze bijdrage benoem ik in dat licht een interessante ontwikkeling betreffende het verschoningsrecht in de relatie tussen de toezichthouders (zoals de deken) en de opsporende instanties. Een vraag over deze relatie kwam op in een strafrechtelijk onderzoek naar aanleiding van de fraude die heeft plaatsgevonden bij de landsadvocaat, waarbij een aan dat kantoor verbonden (inmiddels overleden) notaris als verdachte was aangemerkt.⁵³ In deze kwestie hadden zowel de deken van de Haagse Orde van advocaten als het Bureau Financieel Toezicht (BFT), als respectievelijke toezichthouders op advocaten en notarissen, onderzoek verricht naar aanleiding van de fraude. Het onderzoek van de deken was gericht op de mogelijke rol van advocaten van het kantoor van de landsadvocaat bij de notariële fraude en op het functioneren van de (advocatuurlijke) kantoororganisatie. De deken concludeerde dat niet was gebleken van betrokkenheid van advocaten van het kantoor bij de fraude, maar dat wel sprake was geweest van tekortkomingen in de kantoororganisatie. Het BFT concludeerde naar aanleiding van het ingestelde onderzoek – kort gezegd – dat de verdachte notaris alleen handelde, maar dat het interne en collegiale toezicht was tekortgeschoten.

In het strafrechtelijke onderzoek heeft het openbaar ministerie uitlevering tot inbeslagname gevorderd van de onderzoekbevindingen van beide toezichthouders. Zowel de deken als het BFT hebben beklag ingediend tegen de

inbeslagname van hun onderzoeksbevindingen en hebben teruggave van de in beslag genomen stukken geëist. Zij hebben zich daarbij beroepen op een zelfstandig verschoningsrecht uit hoofde van hun toezichthoudende functie. Zonder toekenning van een zelfstandig verschoningsrecht zouden zij niet meer de informatie verkrijgen die voor de uitoefening van hun functie noodzakelijk is, zo vrezen zij.

Ten aanzien van de deken oordeelde de rechtbank Amsterdam, dat aan de deken een eigen verschoningsrecht toekomt, ook in het kader van zijn toezichthoudende taak, en gelastte de rechtbank teruggave van de in beslag genomen stukken. In het kader van die toezichthoudende taak is het verschoningsrecht beperkt tot die informatie, die aan de advocaat (van wie de deken informatie heeft ontvangen) in zijn normale beroepsuitoefening is toevertrouwd, aldus de rechtbank. Volgens de rechtbank beslist de deken zelfstandig of dit het geval is en of hij er een beroep op doet. In de beklagzaak van het BFT oordeelde de rechtbank echter anders en bleef het beslag op de stukken van kracht. De rechtbank concludeerde in deze zaak dat aan het BFT geen zelfstandig verschoningsrecht toekomt, maar slechts een van notarissen afgeleid verschoningsrecht. In beide zaken werd beroep in cassatie ingesteld, respectievelijk door het OM en het BFT. In twee lezenswaardige conclusies adviseert A-G Spronken aan de Hoge Raad dat aan beide toezichthouders in het kader van hun toezichthoudende taak in beginsel een zelfstandig verschoningsrecht toekomt.⁵⁴ De uitspraak van de Hoge Raad in deze – wederom – principiële kwestie wordt binnenkort verwacht.

Over de auteur

Mr. dr. N.A.M.E.C. (Nathalie) Fanoy

Advocaat-partner bij Van Rijkevorsel Mencke in Amsterdam.

⁵³ Na het overlijden van de verdachte notaris richtte het onderzoek zich tegen zijn echtgenote en twee rechtspersonen.

⁵⁴ Conclusies A-G Spronken 27 augustus 2024, ECLI:NL:PHR:2024:818 en ECLI:NL:PHR:2024:819.