

14

De geheimhoudersrol van de advocaat en zijn positie als verweerder in een tuchtzaak of verdachte in een strafzaak: *friends or foes*, of iets daar tussenin?

Mr. dr. N.A.M.E.C. Fanoy

1. Inleiding

Het belang van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat wordt door vrijwel iedereen onderschreven. De rol van vertrouwenspersoon – en daarmee die van geheimhouder – ligt aan de basis van de relatie tussen advocaat en cliënt. Een cliënt mag erop vertrouwen dat hij in alle openheid alles kan delen met zijn advocaat. Een advocaat kan zijn beroep niet goed uitoefenen zonder openhartige en vertrouwelijke communicatie met degene(n) die hem/haar inschakelt voor advies of bijstand.

Tot zover weinig discussie. Dat wordt anders als het gaat om de reikwijdte en de grenzen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht. Daarover wordt zowel in als buiten rechte nogal eens debat gevoerd. Vragen over de inhoud en reikwijdte van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht worden regelmatig aan de rechter voorgelegd. De rechter bevestigt stevast het belang van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht en vult de omvang en de grenzen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht voortdurend nader in.

De argumenten in het debat dat in de media wordt gevoerd vallen grofweg uiteen in twee categorieën. Enerzijds luidt de kritiek dat het verschoningsrecht te makkelijk kan worden misbruikt om illegale activiteiten te verhullen en zorgt het voor onnodige vertragingen in strafzaken. Anderzijds wordt geklaagd dat het verschoningsrecht door (met name) opsporende instanties (nog steeds) onvoldoende wordt gerespecteerd.

In een strafrechtelijk onderzoek naar een, van deelname aan een criminele organisatie verdachte, advocaat ontstond zich recent een opmerkelijke publieke discussie tussen het Openbaar Ministerie en de verdediging. Aanleiding was een (mogelijk) beroep op het verschoningsrecht door de verdachte advocaat. Uit de berichtgeving in de media volgt dat het OM van mening is dat de advocaat zich in de strafzaak ten onrechte zou 'verschuilen achter haar toga' en geen beroep kan doen op haar verschoningsrecht. De verdediging – aldus de berichtgeving in de media – vindt deze uitspraak van het OM een onbehoorlijke suggestie en meent dat vele cliënten van de advocaat geraakt zouden kunnen worden als zij haar verschoningsrecht zou doorbreken.¹

In deze bijdrage ga ik in op de omgang met de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij het voeren van verweer dan wel de verdediging door een advocaat, die tuchtrechtelijk of strafrechtelijk wordt aangesproken. In paragraaf 2 geef ik summier het huidige (wettelijk) kader en de grondslag weer van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. In paragraaf 3 ga ik in op het object van geheimhouding en verschoningsrecht. In paragraaf 4 komt aan de orde dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet absoluut zijn. In paragraaf 5 beschrijf ik een aantal door de, in een tuchtrechtelijke of strafrechtelijke procedure als verweerder respectievelijk verdachte betrokken, advocaat te maken afwegingen met betrekking tot de geheimhouding en het ver-

1 Zie: www.advocatenblad.nl/2025/01/14/om-bewijs-tegen-weski-in-ruime-mate-aanwezig/. Zie ook: www.advocatie.nl/nieuws/eerste-regiezing-zaak-inez-weski-verdachte-van-deelname-aan-criminele-organisatie-taghi/.

schoningsrecht. Ten slotte maak ik in paragraaf 6 afsluitende opmerkingen.

2. Regelgeving en grondslag

De geheimhoudingsplicht van de advocaat is wettelijk verankerd in art. 11a Advocatenwet. Bovendien bepaalt art. 10a lid 1 sub e Advocatenwet dat de advocaat in het belang van een goede rechtsbedeling zorg draagt voor de rechtsbescherming van zijn cliënt en daartoe bij zijn beroepsuitoefening 'vertrouwenspersoon' is en 'geheimhouding in acht neemt binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen'. De inhoud en reikwijdte van de geheimhoudingsplicht wordt nader ingevuld door gedragsregel 3 (Gedragsregels 2018) en door de jurisprudentie van de (tucht)rechter. Opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht door (onder meer) advocaten is bovendien strafbaar gesteld.²

In de tuchtrechtspraak geldt de geheimhoudingsplicht als een fundamenteel beginsel bij de juiste uitoefening van het beroep.³ De tuchtrechter beoordeelt een schending van de geheimhoudingsplicht door de advocaat mede in het licht van de kernwaarde 'vertrouwelijkheid'.⁴ Daarbij wordt benadrukt dat de advocaat een bijzondere positie in de rechtsbedeling vervult, die een zware verantwoordelijkheid met zich meebrengt voor de advocaat om met zijn opdracht en de hem toekomende privileges (zoals geheimhouding en verschoningsrecht) om te gaan.⁵

In het verlengde van de plicht tot geheimhouding komt de advocaat een beroep toe op het 'functionele' verschoningsrecht ten aanzien van al hetgeen hem in hoedanigheid is toever-

trouwd.⁶ Het verschoningsrecht van advocaten is gebaseerd op een in Nederland algemeen – en daarmee voor alle rechtsgebieden – geldend rechtsbeginsel, waarop onafhankelijk van een wettelijke regeling een beroep kan worden gedaan.⁷ Dit algemene rechtsbeginsel houdt kort gezegd in, dat het belang van waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijk belang, dat ieder zich 'vrij en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene' voor bijstand en advies moet kunnen wenden tot een selecte groep vertrouwenspersonen, waaronder advocaten.⁸

De combinatie van beroepsgeheim en verschoningsrecht betekent voor cliënten bescherming van vertrouwelijkheid in de overtreffende trap. De advocaat *mag* – en doorgaans ook *moet* – tegenover iedereen, onder wie de rechter, zwijgen over zaken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen. Een advocaat hoeft niet te getuigen ten aanzien van hetgeen hem in hoedanigheid is toevertrouwd. Bovendien mag een advocaat – met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht – weigeren te voldoen aan bepaalde informatie- en/of medewerkingsverplichtingen ten aanzien van bijvoorbeeld toezichthouders of de Belastingdienst, daar waar anderen dat niet mogen.⁹ Ook mogen bepaalde strafvorderlijke dwangmiddelen niet tegen advocaten worden toegepast en zijn de mogelijkheden om bij advocaten strafrechtelijk onderzoek te doen met juridische waarborgen omgeven.¹⁰

2 Art. 272 Sr. Voorwaardelijk opzet is hiervoor voldoende. Voor een voorbeeld: zie onlangs Rb. Zeeland-West-Brabant 17 september 2024, ECLI:NL:RBZWB:2024:6392.

3 HvD 4 februari 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:28.

4 Zie bijv. HvD 21 september 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:193 en HvD 23 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:142.

5 Zie bijv. HvD 9 april 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:64, HvD 10 februari 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:39.

6 Onder andere vastgelegd in art. 165 lid 2b Rv en art. 218 Sv.

7 HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, r.o. 3.1 en 3.2 (Notaris Maas). HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600.

8 Dit geldt ook voor notarissen, medische beroepen en geestelijke (en maatschappelijke) bijstandverleners. Het verschoningsrecht is niet absoluut, zie hierna par. 4.

9 Zie bijv. art. 5:20 lid 2 Awb, art. 53 a lid 1 Algemene wet inzake Rijksbelastingen (AWR), art. 1:74 lid 2 Wet op het financieel toezicht (Wft).

10 Zie bijv. art. 96a lid 3 Sv, art. 98 Sv, art. 125 1 Sv en art. 126 aa Sv.

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat dienen dus, naast het belang van de individuele cliënt, vooral een algemeen maatschappelijk belang, dat erop gericht is aan rechtzoekenden onbelemmerde rechtshulp door de advocaat te garanderen.¹¹ Daarnaast ziet het verschoningsrecht op een 'eigen belang' van de advocaat. De Hoge Raad heeft bevestigd dat het functionele verschoningsrecht van fundamenteel belang is voor de rechtsbedeling, en er bovendien *mede* toe strekt de advocaat zijn taak naar behoren te kunnen laten vervullen; indien het verschoningsrecht door derden wordt geschonden betekent dat dus onder meer dat de advocaat wordt belemmerd in de uitoefening van zijn werk.¹²

3. Waar zien de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht op?

De geheimhoudingsplicht strekt zich uit tot 'al hetgeen waarvan advocaten in het kader van de beroepsuitoefening kennisnemen', tenzij en voor zover bij wet anders is bepaald.¹³ Gedragsregel 3, die de geheimhoudingsplicht nader uitwerkt, beperkt de geheimhoudingsplicht niet tot hetgeen de cliënt aan de advocaat heeft toevertrouwd, maar betreft alle kennis die een advocaat in de uitoefening van zijn beroep over zijn cliënt of diens zaak heeft verkregen. Ook informatie die van derden of uit eigen waarneming is verkregen kan eronder vallen. Het gaat bovendien niet alleen maar om verkregen maar ook om verstrekte informatie: het omvat dus ook het aan de cliënt verleende (juridisch) advies.¹⁴ Zelfs het enkele gegeven dat iemand cliënt is valt onder de geheimhoudingsplicht; een mededeling hierover aan derden – zonder toestemming

van de cliënt – levert dus al een inbreuk op de geheimhoudingsplicht op.¹⁵

De geheimhoudingsplicht blijft bestaan na het einde van de beroepsuitoefening of de rechtsbetrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht en zelfs – in beginsel – na overlijden van de cliënt.¹⁶ Voor medewerkers en ingeschakelde hulppersonen geldt een afgeleide geheimhoudingsplicht.¹⁷

Het verschoningsrecht van de advocaat strekt zich in de regel uit tot dezelfde informatie als waarop de geheimhoudingsplicht ziet. De wettelijke bepalingen waarin het verschoningsrecht als uitzondering op de getuigplicht is opgenomen koppelen dit recht aan hetgeen een verschoningsgerechtigde 'in zijn hoedanigheid is toevertrouwd'.¹⁸ Deze begrippen zijn gaandeweg in de jurisprudentie verduidelijkt en leidend in de afbakening van het 'object' van verschoningsrecht. 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'.¹⁹ Een advocaat komt alleen een verschoningsrecht toe 'in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat'.²⁰

Daarnaast geldt dat informatie aan de advocaat moet zijn 'toevertrouwd' om als verschoningsgerechtigde informatie te kunnen worden gekwalificeerd. Het begrip 'toevertrouwd' wordt in de jurisprudentie ruim uitgelegd. Bij

11 Zie bijv. HR 22 juni 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4835. HR 7 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9067.

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

13 Art. 11a Advocatenwet.

14 N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat* (diss. Amsterdam UvA), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2018, p. 193.

15 Zie bijvoorbeeld HvD 4 februari 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:28. HvD 21 september 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:193.

16 Art. 11a lid 2 Advocatenwet. Zie ook HvD 3 mei 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:22.

17 Art. 11a lid 1 Advocatenwet.

18 Zie art. 165 lid 2b Rv, art. 218 Sv, art. 8:33 lid 3 Awb.

19 HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526, r.o. 5.3.3.

20 HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, r.o. 3.3.

de beantwoording 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.²¹ Het gaat kort gezegd om alle mondelinge en schriftelijke informatie en gegevens die de advocaat bij de uitoefening van zijn werkzaamheden ontvangt, opstelt en uitwisselt met betrekking tot de cliënt of de zaak.²²

De bescherming van het verschoningsrecht strekt dus verder dan de zuivere advocaat-client communicatie. Correspondentie met derden en van derden verkregen stukken kunnen onder het verschoningsrecht vallen.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Daarbij kan gedacht worden aan een agenda²⁶, camerabeelden²⁷, declaraties en onderliggende urenspecificaties²⁸, een lijst met

namen of e-mailadressen van verschoningsgerechtigden²⁹, of informatie aangaande de derdengeldenrekening van een advocaat.³⁰

Het oordeel omtrent de vraag of informatie als vertrouwelijk is aan te merken en onder het verschoningsrecht valt, komt in eerste instantie toe aan de verschoningsgerechtigde advocaat. Uitgangspunt is, dat als deze zich op het standpunt stelt dat het gaat om informatie waarvan kennisneming zou leiden tot schending van het beroepsgeheim, dat standpunt door derden, waaronder politie en justitie, dient te worden gerespecteerd, tenzij dit redelijkerwijs niet juist kan zijn.³¹ De rechter toetst het standpunt van de advocaat marginaal. De Hoge Raad heeft onlangs bevestigd dat de advocaat in beginsel in staat moet worden gesteld om zich uit te laten over zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht.³² Als het standpunt van de advocaat niet kan worden ingewonnen of bij twijfel aan het standpunt van de advocaat ligt het in de rede dat een rechter de deken consulteert.³³

4. Geen absoluut recht

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat zijn niet absoluut. De geheimhoudingsplicht kan bijvoorbeeld op grond van de wet worden doorbroken of opzij gezet.

Zo kunnen 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

- 21 Notaris Maas-beschikking, r.o. 3.4. Voor een belangrijke uitzondering op het begrip toevertrouwd, zie F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 209 e.v.
- 22 Zie hierover bijvoorbeeld N.A.M.E.C. Fanoy, 'Verschoningsrecht van de advocaat: veilige haven, geen vrijplaats', *Ars Aequi* 2016-2, p. 90.
- 23 Zie bijvoorbeeld 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, af. 25, p. 1802-1803.
- 24 HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600 (SNS), r.o. 3.4.2.
- 25 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.
- 26 HR 15 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0491.
- 27 HR 10 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:553.
- 28 HR 24 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4663; Rb. Amsterdam 27 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR5020.

- 29 HR 19 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1268.
- 30 HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:532.
- 31 Vaste jurisprudentie. Volgens Vellinga-Schootstra (F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming* (diss. Groningen), Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 181) is dat laatste aan de orde als het standpunt 'duidelijk onwaar' is of 'grote twijfel' bestaat over de juistheid ervan.
- 32 HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375.
- 33 Zie art. 98 lid 6 Sv. Zie de door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunten in HR 12 maart 2024, ECLI:NL:HR:2024:375. Zie ook HvD 30 mei 2022, ECLI:NL:TAHVD:2022:105, onder 6.22.

tot het melden van ongebruikelijke transacties aan de Financial Intelligence Unit (FIU).³⁴ Art. 18a Wwft bepaalt dat advocaten 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 door de deken, bij (voor) onderzoeken op last van de tuchtrechter en in verband met kwaliteitstoetsen is er een wettelijke doorbreking van de geheimhoudingsplicht voor advocaten en hun medewerkers.³⁵ In dit verband is ook gedragsregel 29 relevant, op grond waarvan advocaten in een (tuchtrechtelijk) onderzoek de geheimhoudingsplicht ook niet tegen de deken kunnen inroepen.³⁶

Buiten genoemde wettelijke uitzonderingen zijn er drie belangrijke uitzonderingen op/doorbrekingen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht denkbaar: 1) de advocaat kiest er zelf voor om de geheimhouding te doorbreken en/of het verschoningsrecht niet in te roepen; 2) er is sprake van gegevens die voorwerp uitmaken van een strafbaar feit of waarmee het strafbare feit is begaan (*corpora et instrumenti delicti*)³⁷; en/of 3) er is sprake van zeer uitzonderlijke omstandigheden die maken dat de waarheidsvinding prevaleert boven het verschoningsrecht.³⁸ Ik sta hierna stil bij de situaties bedoeld in 1) en 3).

Het is vraag in hoeverre een advocaat er zelf voor kan kiezen om zijn geheimhoudings-

plicht te doorbreken en zijn verschoningsrecht niet in te roepen. Voor het naar buiten brengen van informatie die onder de geheimhoudingsplicht valt heeft de advocaat de instemming van de cliënt nodig. De uitvoering van een opdracht voor de cliënt brengt met zich mee dat een deel van de van cliënt verkregen informatie met derden wordt gedeeld. Dat is doorgaans geen probleem, mits dit met instemming en in het belang van de cliënt gebeurt. In beginsel kan de cliënt door het ontslaan van zijn advocaat uit de geheimhoudingsplicht niet bewerkstelligen dat de advocaat informatie openbaart, als de advocaat dat niet geraden acht. De advocaat moet – ook los van de toestemming van de cliënt – altijd een eigen afweging maken en mag uitsluitend informatie naar buiten brengen met het oog op de juiste uitvoering van de opdracht en voor zover dit ook overigens in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.³⁹ De advocaat moet hierbij niet alleen de belangen van zijn cliënt met de nodige zorgvuldigheid afwegen maar daarbij tevens letten op het grotere belang, bijvoorbeeld dat van het vertrouwen in de advocatuur.⁴⁰

Uit de tuchtrechtspraak volgt dat de beoordeulingsruimte voor de advocaat beperkt is en dat de advocaat zelf (buiten toestemming van de cliënt) zijn geheimhoudingsplicht slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan doorbreken.⁴¹ Dat kan aan de orde zijn bij een directe dreiging van ernstig, toekomstig gevaar voor de advocaat zelf of een betrokkene, dat zonder het doorbreken van het beroepsgeheim niet kan worden afgewend. De advocaat mag in dat geval wel geëigende derden – bijvoorbeeld bedreigde personen – informeren.⁴² Van een advocaat wordt in zo'n geval verwacht dat hij

34 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 kort gezegd 'procesgerelateerd' is, is de Wwft op hen niet van toepassing en mogen zij als gevolg van hun geheimhoudingsplicht niet tot melding overgaan.

35 Zie art. 45a Advocatenwet, art. 46m lid 3 Advocatenwet, art. 60d lid 1 Advocatenwet en art. 26 lid 4 Advocatenwet.

36 Behoudens bijzondere gevallen.

37 Denk aan: valse aktes of facturen, dreigbrieven.

38 Zie conclusie A-G Spronken, 3 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1301, onder 6.9; conclusie A-G Harteveld, 8 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, onder 4.6.

39 Gedragsregel 3 lid 3.

40 Zie gedragsregel 3 lid 3 jo lid 6. Fanoy 2018, aw, p. 255-256.

41 HvD 3 mei 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:22, HvD 3 april 2020, ECLI:NL:TAHVD:2020:81, HvD 23 augustus 2021, ECLI:NL:TAHVD:2021:142.

42 HvD 6 april 2009, nr. 5285, *Advocatenblad* 2010, p. 124.

voorafgaand aan deze beslissing overleg pleegt met de deken en diens advies inwint.⁴³ Een beroep op conflict van plichten bij geconstateerde misstanden van of bij een cliënt biedt advocaten echter geen rechtvaardiging voor een doorbreking van de geheimhoudingsplicht.⁴⁴

Ook bij uitlatingen in de media moet een advocaat zorgvuldig afwegen of het in het belang is van zijn cliënt om – met diens toestemming – informatie naar buiten te brengen.⁴⁵ De omstandigheid dat een journalist een ongeweldig artikel zal publiceren over de cliënt en dat de cliënt niet bereikbaar is voordat het nieuwsbericht wordt gepubliceerd, is onvoldoende zwaarwegend om zonder toestemming van de cliënt de geheimhoudingsplicht te doorbreken.⁴⁶

Het komt de afgelopen jaren met enige regelmaat voor dat advocaten worden bedreigd in de uitoefening van hun praktijk. In dit verband is door de Orde van advocaten een ‘protocol bedreigde advocaten’ opgesteld, waarin is geregeld hoe advocaten die worden bedreigd bij de uitvoering van hun werkzaamheden – ook als het (voormalige) cliënten betreft – hiervan melding kunnen maken. Uit dit protocol en uit de jurisprudentie van de tuchtrechter volgt dat het advocaten vrij staat om aangifte te doen van een strafbaar feit, ook tegen (voormalige) cliënten, maar dat zij daarvoor voorafgaand overleg moeten plegen met de deken en diens advies moeten inwinnen over de aard, oorzaak en gevolg van de aangifte. De beantwoording van de vraag of in een concreet geval het beroepsgeheim mag worden doorbroken om direct dreigend (levens)gevaar te kunnen afwenden, dient in samen-

spraak met de deken plaats te vinden. Van de deken wordt hierin een actieve rol verwacht, waarin hij de advocaat van gepast advies voorziet over de te ondernemen stappen.⁴⁷

Los van het voorgaande is in de jurisprudentie van de Hoge Raad aanvaard dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen voordoen waarin het belang van gegarandeerde vertrouwelijke communicatie met verschooningsgerechtigden niet langer prevaleert boven het belang van waarheidsvinding.⁴⁸ Wanneer sprake is van dergelijke ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ is niet in een algemene regel vervat. Aan het oordeel dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden stelt de Hoge Raad zware motiverings-eisen, waarbij beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit moeten worden betrokken.⁴⁹

Uitspraken waarin dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden zijn aangenomen, zijn ten aanzien van advocaten voornamelijk gewezen naar aanleiding van het toepassen van dwangmiddelen tegen advocaten, zoals doorzoeking en inbeslagname. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het voor advocaten bij de invulling van dit begrip tot nu toe steeds gaat om situaties waarin de advocaat zelf wordt verdacht van het (mede) plegen van een als ‘ernstig’ gekwalificeerd strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband met cliënten.⁵⁰ In

43 HvD 3 mei 2019, ECLI:NL:TADHVD:2019:22.

44 HvD 10 juni 1987, nr. 975, *Advocatenblad* 1988, p. 251; HvD 30 november 2018, ECLI:NL:TAHVD:2018:200; HvD 4 februari 2019, ECLI:NL:TAHVD:2019:28. NB: de meldplicht uit hoofde van de Wwf vormt hierop een wettelijke uitzondering.

45 Daarnaast moet de advocaat ook gerechtvaardigde andere belangen in acht nemen, zoals belangen van slachtoffers.

46 RvD Den Haag 18 maart 2024, ECLI:NL:TADRSGR:2024:61.

47 HvD 13 januari 2023, ECLI:NL:TAHVD:2023:7. RvD Arnhem-Leeuwarden 26 juni 2023, ECLI:NL:TADRARL:2023:162.

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

49 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. Zie voor een voorbeeld waarin de Hoge Raad vond dat de rechtbank het oordeel dat sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden niet toereikend had gemotiveerd: HR 24 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1290.

50 Zie bijvoorbeeld HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5665; HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3314 (t.a.v. notarissen). Zie

uitspraken waarin een advocaat werd verdacht van een ernstig strafbaar feit ging het bijvoorbeeld om het volgende: verdenking van een advocaat van het beïnvloeden van getuigen;⁵¹ verdenking van een advocaat van het witwassen van grote sommen geld;⁵² verdenking van een advocaat van witwassen voor een gewelddadig samenwerkingsverband, terwijl de advocaat ten tijde van de inbeslagname al bijna vijf jaar op de hoogte moest zijn geweest van de criminele context van deze transacties;⁵³ verdenking van een advocaat van valsheid in geschrifte en oplichting van de rechtbank;⁵⁴ en verdenking van een advocaat van deelneming aan een criminele organisatie (gericht op het plegen van zeer ernstige en gewelddadige strafbare feiten) en van het als advocaat doorgeven van berichten aan de buitenwereld.⁵⁵ Met name wordt doorslaggevend geacht of de verdenking van de advocaat samenhangt met de kern van de werkzaamheden van de advocaat en of het vertrouwen van de samenleving in de advocatuur wordt aangetast.⁵⁶ Er moet sprake zijn van een redelijk vermoeden van een ernstig strafbaar feit; de mate van 'stevigheid' van de verdenking is daarbij niet doorslaggevend.⁵⁷ Er moeten in ieder geval voldoende voorafgaande concrete aanwijzingen zijn voor de verdenking.⁵⁸

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 Harteveld, 8 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, onder 5.12; conclusie A-G Spronken, 27 augustus 2024, ECLI:NL:PHR:2024:819, onder 8.10 en 8.11 en conclusie A-G Spronken, 3 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1301, onder 6.9.

51 HR 18 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5297.

52 HR14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4418.

53 HR 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284.

54 HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1565.

55 HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:223.

56 Zie bijv. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1565. HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3314. HR 18 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:223.

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

58 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 valse-

Als een rechter(-commissaris) van oordeel is dat in een zaak het regime van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' toepasselijk is, heeft dat als belangrijkste consequenties, i) dat het primaat om te bepalen of gegevens onder het verschoningsrecht vallen niet meer bij de advocaat, maar in eerste instantie bij de rechter berust,⁵⁹ en ii) dat bij een doorzoeking ruimer mag worden doorzocht, dus ook – zonder toestemming van de advocaat – naar stukken die dienen om de waarheid aan het licht te brengen.⁶⁰

Bij dit alles 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.⁶¹ Wat het belang van waarheidsvinding betreft: de beoordelingsmaatstaf is of de betreffende gegevens redelijkerwijs in een zodanig verband staan met het strafbare feit waarvan het vermoeden bestaat dat het is begaan, dat deze gegevens kunnen dienen om de waarheid aan het licht te kunnen brengen.⁶²

5. Afwegingen omtrent geheimhouding bij verweer in tuchtzaken en verdediging in strafzaken
Advocaten hebben het recht zich te verweren in een tegen hen ingestelde tuchtprocedure. De advocaat heeft in de tuchtprocedure immers ook de elementaire verdedigingsrechten op grond van art. 6 EVRM. Dit kan op gespannen voet komen te staan met het recht van cliënten op vertrouwelijkheid. Een doorbre-

lijk een akte zou hebben opge maakt denkbaar was, achtte de rechtbank onvoldoende concreet om het verschoningsrecht te doorbreken. Zie ook conclusie A-G Knigge onder 4.14 bij HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566.

59 Bij voorkeur in gezamenlijk overleg met de deken van de Orde van advocaten in het desbetreffende arrondissement.

60 HR30november1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280. HR 18 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5297. HR 1 juli 2024, ECLI:NL:HR:2014:1566.

61 Zie bijvoorbeeld HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3805. HR 18 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:223.

62 HR 18 februari 2025, ECLI:NL:HR:2025:302, r.o. 3.3.3.

king van de geheimhoudingsplicht door de advocaat kan gerechtvaardigd zijn voor zover dat nodig is voor het voeren van verweer.⁶³ Vanzelfsprekend geldt dat de belangen van cliënten hierbij niet onnodig en onevenredig mogen worden geschaad. In geval van klachten van derden wordt van advocaten bij het voeren van verweer extra alertheid verwacht. Voorkomen moet worden dat de wederpartij of anderen via een tuchtklacht tegen de advocaat informatie over cliënten kunnen verkrijgen, die onder de geheimhouding en het verschoningsrecht vallen. Het voeren van verweer moet *fishing expeditions* niet in de kaart spelen.⁶⁴

Een oplossing voor de omgang met vertrouwelijke en verschoningsgerechtigde informatie bij het voeren van verweer tegen klachten van derden, is dat de tuchtrechter een deskundige – zoals de deken – benoemt met een eigen geheimhoudingsplicht.⁶⁵ Deze deskundige kan kennisnemen van de gestelde vertrouwelijke informatie en vervolgens – met inachtneming van de geheimhouding van de advocaat – aan de tuchtrechter rapporteren. Daarbij kan tevens worden beoordeeld of de advocaat misbruik maakt van zijn privileges en zich bijvoorbeeld ter maskering van (tuchtrechtelijk) verwijtbaar handelen ‘verschuilt’ achter zijn verschoningsrecht. In een uitspraak uit 2017, waarin de deken als deskundige was benoemd, heeft het Hof van discipline geoordeeld dat een advocaat zich slechts met vrucht op het verschoningsrecht kan beroepen indien het gaat om informatie die is verkregen binnen het kader van de juridische dienstverlening door de advocaat ‘zoals deze van een integer handelende advocaat moet worden verwacht’.⁶⁶

Het komt ook voor dat door of op instigatie van het OM een tuchtklacht tegen een advocaat wordt ingediend als voorloper op een (mogelijke) strafvervolgning. In het advocaten-tuchtrecht is meerdere malen geoordeeld dat de informatieplicht van de advocaat in een tuchtprocedure niet in strijd is met het nemo tenetur-beginsel en dat de advocaat – zeer bijzondere omstandigheden daargelaten – geen zwijgrecht heeft in een tuchtprocedure.⁶⁷ In de hiervoor genoemde uitspraak uit 2017 oordeelde het Hof van discipline dat de beantwoording van de vraag of een verklaring in een tuchtprocedure als bewijs kan worden gebezigd in een strafprocedure bij de strafrechter thuishoort.⁶⁸ In deze zaak achtte het hof de belofte van het OM dat de verklaring van de advocaat niet in een mogelijke strafprocedure zou worden gebruikt voldoende om het nemo tenetur-beginsel te waarborgen.

Het komt zo nu en dan voor dat een advocaat verdachte is in een strafrechtelijk onderzoek. Net als voor iedere verdachte geldt dan dat de advocaat op grond van het nemo tenetur-beginsel niet verplicht is mee te werken aan zijn eigen veroordeling en een beroep kan doen op het zwijgrecht. Dat neemt niet weg dat de advocaat in een dergelijke precare situatie zijn positie als geheimhouder steeds voor ogen moet blijven houden en moet betrekken in de afwegingen die hij maakt in zijn verdediging als verdachte.

63 Gedragsregel 3 lid 4.

64 N.A.M.E.C. Fanoy, ‘Geheimhouding’, in: R.L. Herregodts en M.L. Batting (red), *Handboek Tuchtrect*, Den Haag: Boomjuridisch 2022, p. 515.

65 Zie bijvoorbeeld RvD ‘s-Hertogenbosch 15 juli 2024, ECLI:NL:TADRSH:2024:95.

66 HvD 22 april 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:78 en (vervolgbeslissing) HvD 10 april 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:62, r.o. 3.4.

67 HvD 19 oktober 2012, ECLI:NL:TAHVD:2012:YA3469. Het hof overwoog dat mogelijk in zeer bijzondere omstandigheden een beperkt beroep op het nemo tenetur-beginsel zou kunnen opgaan, maar in de onderhavige zaak was daar geen beroep op gedaan.

68 HvD 22 april 2016, ECLI:NL:TAHVD:2016:78 en (vervolgbeslissing) HvD 10 april 2017, ECLI:NL:TAHVD:2017:62 (beroep op verschoningsrecht gehonoreerd). Zie voor een voorbeeld waarin het hof oordeelde dat de advocaat zich niet op het verschoningsrecht kon beroepen: RvD Arnhem 12 januari 2009, zaaknr. 08-47 en 08-48 en RvD Arnhem 2 mei 2011 (herziening zaaknr. 08-47 en 08-48, ECLI:NL:TAHVD:2011:YA2071).

Dat leidt er naar mijn mening toe, dat de advocaat in ieder geval de volgende vijf aspecten in zijn afwegingen zou moeten betrekken. In de eerste plaats het aspect dat het verschoningsrecht van de advocaat niet reeds wordt doorbroken als sprake is van de verdenking van *ieder willekeurig* strafbaar feit; er moet sprake zijn van verdenking van 'een ernstig strafbaar feit'. In de tweede plaats moet worden meegewogen dat bij een doorbreking van het verschoningsrecht in geval van de hiervoor in par. 4 besproken 'zeer uitzonderlijke omstandigheden', een inbreuk op het verschoningsrecht niet verder mag gaan dan nodig is voor het aan het licht brengen van de waarheid ten aanzien van het concrete vermoede strafbare feit. Het ligt (mede) op de weg van (de raadslieden van) de verdachte advocaat om te voorkomen dat de rechten en belangen van *alle* cliënten van de advocaat – meer specifiek: het recht van cliënten op vertrouwelijkheid – onevenredig worden getroffen. In de derde plaats moet de advocaat voor ogen (blijven) houden dat informatie die onder de geheimhoudingsplicht van een advocaat valt, ook als deze informatie met een derde wordt gedeeld, nog steeds onder diens geheimhoudingsplicht blijft vallen. De doorbreking van het verschoningsrecht tast op zichzelf de geheimhoudingsplicht niet aan.⁶⁹ In de vierde plaats: geheimhouding en verschoningsrecht zien op de 'normale beroepsuitoefening' van de advocaat. Het kan dus zo zijn dat met een cliënt uitgewisselde informatie niet onder de geheimhouding en het verschoningsrecht valt, bijvoorbeeld als de advocaat niet 'in zijn hoedanigheid optreedt'. Als een advocaat door zijn cliënt wordt betrokken bij (de voorbereiding van) het plegen van strafbare feiten is in de literatuur regelmatig als uitgangspunt verdedigd dat de advocaat dan niet 'in hoedanigheid' werkzaam is en dat het verschoningsrecht dan niet van toepassing is.⁷⁰ In zijn

conclusie voor een uitspraak van de Hoge Raad uit 2007 stelde A-G Vellinga, dat het maatschappelijk belang dat ten grondslag ligt aan het verschoningsrecht ontbreekt wanneer iemand zich wendt tot een verschoningsgerechtigde om bijstand tot het plegen van strafbare feiten. Het verschoningsrecht is volgens hem immers niet bedoeld als dekmantel voor het (mede)plegen van strafbare feiten.⁷¹ A-G Jörg stelde in zijn conclusie voor de uitspraak van de Hoge Raad van 12 oktober 2010 dat het verschoningsrecht slechts ziet op de informatie die de beroepsbeoefenaar ontvangt in de normale beroepsuitoefening en dus niet ziet op het door advocaten faciliteren van het begaan van strafbare feiten door hun cliënten.⁷² Zo strekt ook volgens Vellinga-Schootstra het verschoningsrecht zich bijvoorbeeld niet uit tot het gedeelte van de administratie van een advocaat waaruit kan blijken dat hij een derde heeft afgeperst, of tot stukken die betrekking hebben op de verdenking dat een advocaat een politieambtenaar heeft omgekocht.⁷³ De advocaat moet dus bij zichzelf te rade gaan of hij in de betreffende situatie in zijn normale beroepsuitoefening is betrokken.

Ten slotte, in de vijfde plaats, geldt dat (ook) de verdachte advocaat zijn geheimhoudingsplicht mag doorbreken als daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat, bijvoorbeeld om direct (dreigend) levensgevaar voor de advocaat zelf of voor anderen af te wenden.

Indien de advocaat met het oog op zijn verdediging, op grond van de hiervoor weergegeven afwegingen, overweegt om in een concreet geval zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken, moet hij voorafgaand aan het

Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 118. T. Prakken en T. Spronken (red.), *Handboek verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 109.

71 Conclusie A-G Vellinga 30 oktober 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA5611, onder 15.

72 Conclusie AG Jörg 12 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN0526, onder 88 en 89. Zie ook conclusie AG Harteveld 8 december 2023, ECLI:NL:PHR:2023:1122, onder 4.13 en 5.12.

73 F. Vellinga-Schootstra, 'Verschoningsrecht onder vuur. Vertrouwen op eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2017-3, p.98.

69 Zie conclusie A-G Spronken 3 december 2024, ECLI:NL:PHR:2024:1301, onder 6.20.

70 Zie bijv. J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv)*, Groningen: Tjeenk Willink 1975, p. 58-59. J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht', *Handelingen 1986 der Nederlandse Juristenvereniging*, deel I, tweede stuk,

nemen van zijn beslissing in ieder geval de deken consulteren.

6. Afsluitende opmerkingen

De positie van de advocaat als geheimhouder is een algemeen aanvaard beginsel. Tegelijkertijd blijkt dat het bewaken van de grenzen van het beroepsgeheim door de advocaat – in mijn ogen vaak ten onrechte – niet altijd op begrip kan rekenen van de ‘buitenwacht’.

De omstandigheid dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet absoluut zijn, maakt dat de advocaat een zekere beoordelingsruimte heeft bij zijn beslissing om er al dan niet een beroep op te doen. Deze ruimte is beperkt en bovendien op grond van de jurisprudentie strikt ingekaderd. Terecht, gelet op het maatschappelijke belang dat gemoeid is met vertrouwelijke communicatie tussen advocaat en cliënt en de daarbij horende verantwoordelijkheid van de advocaat.

Wat betekent de positie van geheimhouder in de situatie dat een advocaat zelf tuchtrechtelijk of strafrechtelijk wordt aangesproken? In een tuchtrechtelijke procedure kan doorbreking van de geheimhoudingsplicht door de advocaat gerechtvaardigd zijn voor zover dat nodig is voor het voeren van zijn verweer. Als het gaat om de verdediging in strafzaken door de (verdachte) advocaat, dringt zich in mijn ogen de vergelijking met een koorddanser op, waarbij de advocaat stapsgewijs zeer delicate en gebalanceerde afwegingen moet maken en daarbij zowel de rechten en belangen van zijn cliënten als het belang van het vertrouwen in de advocatuur voor ogen moet blijven houden. Ik ben van mening dat de positie van advocaat als geheimhouder niet in de weg hoeft te staan aan de elementaire rechten van verdediging die iedere verdachte toekomt, zolang de advocaat zich bewust is van zijn hoedanigheid in een bepaalde situatie en de in paragraaf 2 tot en met 5 beschreven regels en grenzen in acht neemt. De suggestie dat een advocaat die als verdachte een beroep doet op het verschoningsrecht, zich ten onrechte achter de toga verschuilt, is wat mij betreft te kort door de bocht.

Zowel in tuchtzaken als in strafzaken is voor de deken een belangrijke rol weggelegd als waarborg voor het zorgvuldig omgaan met het verschoningsrecht en de bijzondere positie van de advocaat als geheimhouder.

Mr. dr. N.A.M.E.C. (Nathalie) Fanoy
Advocaat-partner bij Van Rijckevorsel Mence