

DE WAARDE(N) VAN HET VERSCHONINGSRECHT VAN DE ADVOCAAT

Diana de Wolff
voormalig bijzonder hgl advocatuur aan de UvA
(en oud-arbeidsrechtadvocaat)

JURIDISCH KADER

GEHEIMHOUDINGSPLICHT

- Artikel 11a Aw: geheimhoudingsplicht voor zover niet bij wet of bij verordening. Geheimhoudingsplicht blijft voortbestaan na beëindiging van de beroepsuitoefening (ECLI:NL:TADRARL:2022:200)
- Artikel 10a Aw lid 1 sub e: advocaat is vertrouwenspersoon en neemt de geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen
- Gedragsregel 3
- Afdeling 6.3 Voda: geheimhoudersnummers
- Art. 272 Sr: opzettelijke schending beroepsgeheim strafbaar, maximaal één jaar gevangenisstraf of geldboete van de vierde categorie.

JURIDISCH KADER VERSCHONINGSRECHT

- Het professionele verschoningsrecht als uitzondering op de getuigplicht: art. 165 lid 2 b Rv; art. 218 Sv; art. 8:33 lid 3 Awb
- Enkele andere bepalingen waarin het belang van het verschoningsrecht wordt beschermd: art. 53a lid 1 AWR; art. 63 Invorderingswet 1990, art. 5:20 lid 2 Awb; art. 1:74 lid 2 Wft; art. 96a lid 3 en 98 Sv; art. 126aa lid 2 Sv; art. 843a lid 3 Rv.
- HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Notaris Maas): Een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat het maatschappelijke belang van gegarandeerde vertrouwelijke communicatie prevaleert boven het maatschappelijk belang van waarheidsvinding

GRENZEN/UITZONDERINGEN GHP EN VSR

- Noodtoestand (conflict van plichten)
- Eigen verdediging advocaat
- Doorbreking geheimhouding t.b.v. toezicht door de deken / kwaliteitsinstrumenten
- Zeer uitzonderlijke omstandigheden (tegen advocaat zelf bestaat verdenking van een ernstig strafbaar feit)
- Art. 16 Wwft: meldplicht ongebruikelijke transacties bij FIU (behoudens eerste verkennend gesprek en procesvrijstelling), art. 17 Wwft nadere inlichtingen verstrekken.

ALS ZODANIG

- Geschriften die betrekking hebben op andere werkzaamheden dan juridische dienstverlening, c.q. de taak- en beroepsuitoefening van een advocaat vallen buiten het verschoningsrecht (HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258).
- Ook als de advocaat onderzoek doet of onderzoek door derden laat uitvoeren t.b.v. de zaak van de cliënt, valt dat onderzoek onder de geheimhoudingsplicht. Hof Amsterdam 20 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1091 (SBM/Taylor)
- Verschoningsrecht geldt niet reeds omdat (i.c.) notaris zonder enige aanleiding in de cc van een e-mail wordt geplaatst (HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110)
- ECLI:NL:HR:2021:193: het in bewaring geven van een telefoon aan een als zodanig optredende advocaat heeft niet zonder meer tot gevolg dat alle in die telefoon opgeslagen gegevens geheimhouderinformatie worden
- ECLI:NL:GHSHE:2020:13: 'bankje spelen' met de derdengeldrekening: advocaat moet Belastingdienst informatie te verschaffen over de hoogte van stortingen en het saldo per 1 januari van enkele belastingjaren

ENKELE TUCHTZAKEN

- ECLI:NL:TAHVD:2013:180: Geheimhoudingsplicht blijft bestaan na overlijden cliënt, tenzij zwaarwegende belangen van derden de opheffing daarvan rechtvaardigen
- ECLI:NL:TAHVD:2018:200: laakbaar om het vermoeden dat de cliënt een geheim agent van Iran is te delen met de IND (waarschuwing)
- ECLI:NL:TAHVD:2019:125: uitlenen geheimhoudertelefoon (schorsing voor de duur van twee maanden, waarvan één maand voorwaardelijk)
- ECLI:NL:TADRAMS:2021:294: ex-advocaat Nabil B. geschrapt wegens interview AD. Uitslatingen gedaan over de persoon en de belangen van voormalige cliënt en over bijzonderheden van de zaak.

VERSCHONINGSRECHT VAN WIE?

- Of geschriften onder het verschoningsrecht vallen bepaalt in beginsel de advocaat zelf, tenzij er *redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat het onjuist is*. Daarbij doet niet ter zake of geschriften zich bij de advocaat of bij de cliënt bevinden (HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR: 1999:ZD7280).
- HR 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:66 (SNS): Verschoningsrecht zou onaanvaardbaar worden geschaad indien degene die een geheimhouder wil raadplegen, niet vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking de communicatie met een advocaat zou kunnen vastleggen en bewaren.
- ECLI:NL:HR:2021:273 (Box): Vorderingsrecht (onrechtmatige daad) van advocaat in geval van schending van diens verschoningsrecht

CORPORA ET INSTRUMENTA DELICTI

- Art. 98 lid 5 Sv.: Ten aanzien van stukken die voorwerp van een strafbaar feit uitmaken geldt het verschoningsrecht niet
- HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110: documenten als e-mailberichten of notulen die betrekking hebben op overleg over of het uitdenken van de strafbare gedragingen, of concepten van (valse) overeenkomsten indien de desbetreffende strafbare feiten geacht kunnen worden met behulp van dan wel door middel van deze documenten tot stand te zijn gekomen kunnen ook corpora et instrumenta delicti zijn.
- HR 31 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:1017: Onvoldoende grondslag voor inbeslagname vormt de stelling dat een bepaald geschrift tot het begaan van een delict *kan* hebben gediend

RECHTVAARDIGINGEN VOOR GHP EN VSR

1. Privacy, waardigheid, vrijheid autonomie van de cliënt. Vgl. CCBE, Charter of Core Principles of the European Legal Profession: *'confidentiality is not only the lawyer's duty - it is a fundamental human right of the client.'*
2. Nemo-tenetur-beginsel
3. Het belang van een goede rechtshulprelatie/rechtsbedeling. Vgl. EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88 (Campbell v. VK): *'It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion.'*
4. Integriteit van de (rol van de) advocaat, advocaat geen verlengstuk van de staat

KRITIEK OP DE RECHTVAARDIGINGEN VOOR GHP EN VSR

- Beroep op mensenrechten als privacy en waardigheid is een sterke morele rechtvaardiging voor de bescherming van een individu tegen de macht van de staat, maar heeft niet dezelfde kracht als de cliënt een (machtige) rechtspersoon is
- Belang goede hulpverlening/rechtsbedeling is empirisch niet te onderbouwen
- Verschoningsrecht kan nadelig zijn voor wederpartij, omdat er meer kosten nodig kunnen zijn om bewijs te leveren

BEDREIGINGEN

- Toezicht op advocaten door niet-advocaten?
- Stengere maatregelen, zoals 'vier ogen' of visueel toezicht in de EBI
- Ondermijnende (georganiseerde) criminaliteit, advocaten als consigliere
- Feitelijke schending van het verschoningsrecht door opsporing / schaduwen van advocaten
- Negatieve toonzetting over (delen van) de balie in media en politiek (UK: asieladvocaten = lefty do-gooders)
- Publieke opinie, bijvoorbeeld n.a.v. Panama papers (Fiscale verzamelwet 2024 geen aanpassing meer, maar codificatie)
- Meldplicht optreden voor Rusland en gelieerde partijen?
- Bezwaren van andere beroepsbeoefenaren (belastingadviseurs, accountants)

STELLINGEN

1. Er is geen doorslaggevende reden om (leden van verenigingen van) belastingadviseurs, inclusief interne bedrijfsfiscalisten, het wettelijke verschoningsrecht te ontzeggen zoals advocaten dat hebben
2. Ik zou er geen bezwaar tegen hebben als de meldplicht o.g.v. de Mandatory Disclosure Rules/DAC6 ook voor advocaten zou gelden; de kernwaarde integriteit legt mij toch al op om geen belastingadviezen te geven die daaronder kunnen vallen
3. De gedragsregels moeten een advocaat de ruimte geven om de geheimhoudingsplicht te doorbreken bij dreigend ernstig risico op grootschalige fraude waarbij de cliënt de diensten van de advocaat ge(mis)bruikt