

# BEROEPSGEHEIMEN, VERSCHONINGSRECHTEN EN MENSENRECHTEN: DE ADVOCaat

M. Wladimiroff \*

*De dokter, dominee en pastoor worden van oudsher gerekend tot de geheimhouders die de mogelijkheid hebben zich in rechte te verschonen van de verplichting tot het afleggen van een verklaring als getuige. Het rijtje 'dokter, dominee en pastoor' klinkt vertrouwd in de oren en doet aan een, ooit in een reclame-spotje weer wakker gekust, kinderrijmpje denken waarin ook 'koning, keizer en admiraal' (kennen we allemaal) figureren. Vanuit dat perspectief doet een advocaat eigenlijk niet mee, maar als het gaat om het verschoningsrecht hoort de advocaat wel degelijk in het rijtje thuis. In deze bijdrage wordt gezien hoe dat zit.*

## 1 Inleiding

Soms kan het geen kwaad zaken die ogenschijnlijk vanzelfsprekend lijken voor een keer te behandelen alsof het om een stelling gaat. De stelling, die in deze bijdrage wordt besproken luidt: de advocaat behoort tot de traditionele beroepsgroepen, die van oudsher worden gerekend tot de geheimhouders die de mogelijkheid hebben zich in rechte te verschonen van de verplichting tot het afleggen van een verklaring als getuige. Nu is een stelling, zoals we allemaal weten, een bewering die men als waarheid wil zien worden aangenomen en dat is precies wat met deze bijdrage wordt beoogd. Eerst wordt de grondslag van de stelling besproken, vervolgens de stelling zelf en tenslotte de omvang van de stelling.

## 2 De grondslag van de stelling

Mijn stelling bestaat uit vier onderdelen. In de eerste plaats dat er sprake is van een advocaat, in de tweede plaats dat deze een plicht tot geheimhouding heeft, in de derde plaats dat er plicht tot getuigenis is en tenslotte dat er een recht tot verschoning is. Elk van die begrippen heeft op zich weer een bewarend karakter. Laten we daarom eerst eens onderzoeken wat met elk onderdeel van de stelling wordt bedoeld.

### 2.1 De advocaat

Ik begin met de advocaat. Dat is makkelijk, want dat is degene die op de wijze zoals bedoeld in de Advocatenwet is ingeschreven als advocaat. Zo gezien heeft de status van advocaat een formeel karakter en wordt de bewering gedekt door de wet. Om de zaak nu niet al te gecompliceerd te maken laat ik de kwestie van een buitenlandse advocaat maar rusten en volsta ik met de opmerking dat de status van advocaat een kwestie is van toetsing aan het recht van het

- Mr. M. Wladimiroff is advocaat te 's-Gravenhage. Dit artikel is een bewerking van een op 6 april 2001 gehouden lezing voor de Algemene Ledenvergadering van het NJCM.

land waar hij (en dat kan natuurlijk ook een zij zijn) is ingeschreven. Ik verwijs verder naar de Advocatenwet, die deze materie regelt.<sup>1</sup> De door mij geponeerde stelling zou een hoog "Rang is allen Rang als er Rang op staat" gehalte hebben als ik vervolgens over zou gaan tot de bespreking van de andere onderdelen. De moeilijkheid is namelijk dat de formele status van advocaat op zich niet voldoende is om zelfs ook maar mijn stelling te ontketenen. Daarvoor is nodig dat de advocaat ter zake van het onderwerp waarover zijn getuigenis wordt gevraagd daadwerkelijk als advocaat heeft gefunctioneerd. Met advocaat wordt in mijn stelling daarom degene bedoeld die in die hoedanigheid iets wordt toevertrouwd dat nodig is voor de behoorlijk vervulling van zijn functie als advocaat. De advocaat in mijn stelling is dus niet de advocaat die van zijn linker buurman allerlei confidenties hoort over zijn rechter buurman, maar ten minste de advocaat die in een rechtshulprelatie (laat ik zeggen cliëntenrelatie – om informatie afkomstig van derden terzijde te laten) informatie verkrijgt die nodig is om de rechtshulp naar behoren te kunnen vervullen. Ik zeg ten minste want er is meer nodig alvorens ik kan doorschakelen naar het volgende onderdeel van mijn stelling. Het moet namelijk gaan om informatie die de rechtzoekende toevertrouwt aan zijn (en ook hier mag het natuurlijk ook 'haar' zijn) advocaat. Eerst wanneer iemand die als advocaat is ingeschreven in die hoedanigheid vertrouwelijke gegevens van de rechtzoekende verkrijgt komt de vraag aan de orde of hij een verplichting heeft die informatie geheim te houden.

## 2.2 Geheimhoudingsplicht

Dit brengt mij bij de geheimhoudingsplicht. Deze plicht is niet exclusief want er zijn wel meer functies in het maatschappelijk verkeer, die bij de uitoefening er van met zich meebrengen dat de functionaris gegevens worden toevertrouwd waarvan evident is dat die niet voor derden zijn bestemd. En als we om ons heen kijken zien we allerlei regels die specifieke beroepsgroepen aan geheimhouding binden en regels van meer algemene aard (zoals de Privacywetgeving), die hetzelfde van deze en gene verlangen. Aan geheimhoudingsverplichtingen worden in het maatschappelijk verkeer zoveel waarde wordt toegekend dat verzaking daarvan op verscheidene plaatsen in ons wettelijke systeem strafbaar is gesteld.<sup>2</sup> Zo gezien lijkt een verplichting tot geheimhouding betekenisvol maar dat is toch niet altijd het geval. Dat komt omdat de grondslag van deze verplichting niet eenduidig is. De ene keer gaat het om een verplichting die uit de aard van het ambt of het beroep voortvloeit; in andere gevallen vloeit de verplichting louter voort uit een wettelijk voorschrift. Door dit diffuse karakter én het feit dat zo velen onderworpen zijn aan een dergelijke verplichting, blijkt de verplichting tot geheimhouding *op zich* geen dominant selecterend gegeven te zijn.

De vraag is daarom of de *grondslag* van een verplichting tot geheimhouding wèl een selecterend gegeven oplevert. Met andere woorden doet het er toe of de geheimhouding voortvloeit uit enig wettelijk voorschrift of juist voortvloeit uit de aard van het beroep of ambt. Ik kom hier op een interessant punt, want het gaat hier om de functie van de verplichting

1 Artikel 16b e.v. Advocatenwet.

2 Bijvoorbeeld 272 Sr.

land waar hij (en dat kan natuurlijk ook een zij zijn) is ingeschreven. Ik verwijs verder naar de Advocatenwet, die deze materie regelt.<sup>1</sup> De door mij geponeerde stelling zou een hoog "Rang is allen Rang als er Rang op staat" gehalte hebben als ik vervolgens over zou gaan tot de bespreking van de andere onderdelen. De moeilijkheid is namelijk dat de formele status van advocaat op zich niet voldoende is om zelfs ook maar mijn stelling te ontketenen. Daarvoor is nodig dat de advocaat ter zake van het onderwerp waarover zijn getuigenis wordt gevraagd daadwerkelijk als advocaat heeft gefunctioneerd. Met advocaat wordt in mijn stelling daarom degene bedoeld die in die hoedanigheid iets wordt toevertrouwd dat nodig is voor de behoorlijk vervulling van zijn functie als advocaat. De advocaat in mijn stelling is dus niet de advocaat die van zijn linker buurman allerlei confidenties hoort over zijn rechter buurman, maar ten minste de advocaat die in een rechtshulprelatie (laat ik zeggen cliëntenrelatie – om informatie afkomstig van derden terzijde te laten) informatie verkrijgt die nodig is om de rechtshulp naar behoren te kunnen vervullen. Ik zeg ten minste want er is meer nodig alvorens ik kan doorschakelen naar het volgende onderdeel van mijn stelling. Het moet namelijk gaan om informatie die de rechtzoekende toevertrouwt aan zijn (en ook hier mag het natuurlijk ook 'haar' zijn) advocaat. Eerst wanneer iemand die als advocaat is ingeschreven in die hoedanigheid vertrouwelijke gegevens van de rechtzoekende verkrijgt komt de vraag aan de orde of hij een verplichting heeft die informatie geheim te houden.

## 2.2 Geheimhoudingsplicht

Dit brengt mij bij de geheimhoudingsplicht. Deze plicht is niet exclusief want er zijn wel meer functies in het maatschappelijk verkeer, die bij de uitoefening er van met zich meebrengen dat de functionaris gegevens worden toevertrouwd waarvan evident is dat die niet voor derden zijn bestemd. En als we om ons heen kijken zien we allerlei regels die specifieke beroepsgroepen aan geheimhouding binden en regels van meer algemene aard (zoals de Privacywetgeving), die hetzelfde van deze en gene verlangen. Aan geheimhoudingsverplichtingen worden in het maatschappelijk verkeer zoveel waarde wordt toegekend dat verzaking daarvan op verscheidene plaatsen in ons wettelijke systeem strafbaar is gesteld.<sup>2</sup> Zo gezien lijkt een verplichting tot geheimhouding betekenisvol maar dat is toch niet altijd het geval. Dat komt omdat de grondslag van deze verplichting niet eenduidig is. De ene keer gaat het om een verplichting die uit de aard van het ambt of het beroep voortvloeit; in andere gevallen vloeit de verplichting louter voort uit een wettelijk voorschrift. Door dit diffuse karakter én het feit dat zo velen onderworpen zijn aan een dergelijke verplichting, blijkt de verplichting tot geheimhouding *op zich* geen dominant selecterend gegeven te zijn.

De vraag is daarom of de *grondslag* van een verplichting tot geheimhouding wèl een selecterend gegeven oplevert. Met andere woorden doet het er toe of de geheimhouding voortvloeit uit enig wettelijk voorschrift of juist voortvloeit uit de aard van het beroep of ambt. Ik kom hier op een interessant punt, want het gaat hier om de functie van de verplichting

1 Artikel 16b e.v. Advocatenwet.

2 Bijvoorbeeld 272 Sr.

tot geheimhouding. Dient dat slechts het belang van degene om wiens vertrouwelijke gegevens het gaat en is diens grondrecht op privacy<sup>3</sup> en/of de bescherming tegen zelfincriminatie<sup>4</sup> in het geding? Of is er meer aan de hand en speelt ook het belang van de beroepsuitoefening, via degene aan wie de gegevens zijn toevertrouwd, een rol?

Ik denk dat beide belangen een rol spelen, zij het dat het laatste belang mede het eerste belang omvat, doordat de hulpzoeker zijn belangen, waaronder vertrouwelijke gegevens, toevertrouwt aan de hulpverlener. Die combinatie maakt dat het belang van de geheimhouding die aan de hulpverlening inherent is, meer gewicht in de schaal legt. De verplichting tot geheimhouding van de hulpverlener transformeert het privé-belang van de hulpzoeker in het algemene belang dat hulpverlening naar behoren kan functioneren.

Dit brengt mij bij de vraag hoe het dan gesteld is met de grondslag van de verplichting tot geheimhouding van de advocaat. Bezien we de Advocatenwet dan zien we dat de wet allerlei verplichtingen van de advocaat beschrijft en voorts de bevoegdheid tot nadere regelgeving, mede inhoudende verplichtingen van advocaten, in de vorm van verordeningen delegeert aan de Nederlandse Orde van Advocaten, die dus als een medewetgever fungeert. Welnu, de grondslag van de verplichting tot geheimhouding is als zodanig niet in de wet of verordeningen terug te vinden. Er is dus geen sprake van een wettelijk opgelegde geheimhoudingsverplichting. De grondslag van de geheimhoudingsverplichting van een advocaat vloeit voort uit de naleving van de norm dat een advocaat zorgvuldig en behoorlijk handelt. Deze norm is terug te vinden in het algemene beoordelingscriterium voor tuchtrechtspraak krachtens 46 van de Advocatenwet. Deze bepaling luidt:

De advocaten zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen terzake van enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die zij als advocaat behoren te betrachten ten opzichte van degenen wier belangen zij als zodanig behartigen of behoren te behartigen, terzake van inbreuken op de verordeningen van de Nederlandse Orde en terzake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.

Deze bepaling geeft dus als algemene norm dat een advocaat – kort gezegd – de regels moet naleven en zich in het algemeen zorgvuldig en behoorlijk moet gedragen. Nu de wettelijke regels geen uitsluitel geven over de geheimhoudingsplicht is het geheimhouden van hetgeen een cliënt aan zijn advocaat toevertrouwt kennelijk een vorm van zorgvuldig en behoorlijk handelen. Zo is het ook, want er bestaat een gedragsregel die de advocaat voorhoudt dat hij een verplichting tot geheimhouding heeft. Het gaat hier om regel zes van de gedragsregels voor advocaten, die voor zover hier van belang, als volgt luidt:

De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van de door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en de omvang van diens belangen. De geheimhoudingsplicht duurt voort na de beëindiging van de relatie met de cliënt'

3 Artikel 10 Gw en de garanties van artikel 8 EVRM c.q. 17 IVBPR.

4 In strafzaken kan toch bezwaarlijk worden aangenomen dat het zwijgrecht door middel van de raadsman kan worden getorpedeerd.

Ter vermijding van misverstanden merk ik op dat de term gedragsregels niet betekent dat we hier te maken hebben met een verordening van de Orde van Advocaten krachtens de Advocatenwet. Dat is niet het geval. Het is vaste rechtspraak van het mede uit beroepsrechters samengestelde Hof van Discipline dat de gedragsregels geen vastlegging zijn van voor advocaten geldend tuchtrecht. Ze zijn, ter uitwerking van de verplichting tot zorgvuldigheid en behoorlijkheid, bedoeld als richtlijn voor de advocaat voor zijn handelen bij de uitoefening van de praktijk. Dit betekent dat de verplichting tot geheimhouding wordt gezien als behorend tot de deontologie van het beroep. Kortom, de verplichting tot geheimhouding volgt uit de aard van het beroep van advocaat hetgeen impliceert dat het een voor de uitoefening van het beroep van advocaat noodzakelijke verplichting is. Anders dan de wettelijke verplichting tot geheimhouding die zijn grondslag vindt in een keuze van de wetgever dat in een bepaalde situatie een verplichting tot geheimhouding gewenst is, gaat het bij een advocaat om een aan het beroep eigen verplichting. De geheimhoudingsplicht is dus geen extraatje dat men als advocaat er bij krijgt, zij vormt een onlosmakelijk onderdeel van het beroep.

### 2.3 Getuigplicht

Het volgende onderdeel van mijn stelling ziet op de getuigplicht. Het geven van getuigenis omvat het verschaffen van informatie over hetgeen de getuige weet of heeft ondervonden betreffende een bepaald feit of gebeurtenis en moet worden onderscheiden van het verschaffen van informatie ten aanzien van aangelegenheden die de betrokkene, als aan toezicht onderworpen burger, aan de bestuurlijke overheid heeft te verstrekken. De verplichting tot het geven van getuigenis bestaat slechts wanneer iemand op wettige wijze wordt opgeroepen om ten overstaan van een rechter een verklaring af te leggen.<sup>5</sup>

Het behoeft geen betoog dat de waarheidsvinding in het algemeen van belang is voor het goed functioneren van de samenleving. Het gewicht van dat belang zal echter afhangen van de vraag in welk kader de waarheidsvinding plaatsvindt. Tegen de achtergrond dat nieuwsgierigheid naar andermans zaken weinig en de vaststelling van feiten in een rechtsgeding juist veel gewicht in de schaal legt, wekt het weinig verbazing dat de wetgever een onderscheid heeft gemaakt tussen de waarheidsvinding in rechte en die welke buiten de rechtszaal plaatsvindt. Uitgangspunt is dat niemand gehouden kan worden mee te werken aan de waarheidsvinding buiten de rechtszaal. Men heeft als getuige geen enkele verplichting jegens politie, curatoren of belanghebbenden, zij het dat tegenover deze vrijheid in sommige gevallen het pressiemiddel van gijzeling staat. Zwijgen is echter niet strafbaar. Dat is wel het geval wanneer men als getuige wordt opgeroepen om ten overstaan van een rechter een verklaring af te leggen.<sup>6</sup>

De getuigplicht als middel tot waarheidsvinding in aangelegenheden waarover de rechter heeft te oordelen kan worden verklaard door de functie van het rechtsgeding als uiterst middel tot waarheidsvinding, waarbij de rechter de afweging kan maken of voor een dergelijke

5 Vergelijk artikel 191 Rv c.q. de art. 213 e.v. en 284 e.v. Sv.

6 Artikel 192 Sr.

verplichting plaats is. De praktische implicatie hiervan dat in de meeste gevallen een proces (of dit nu ten overstaan van de civiele, straf- of bestuursrechter is) weinig zin zal hebben wanneer getuigen niet zouden kunnen worden gehouden te spreken. Hier duikt weer het algemeen belang op, namelijk het belang dat de samenleving heeft bij een middel om onder toezicht van de onafhankelijke rechter inbreuken op de rechtsvrede te beslechten. Hieruit mag echter niet worden geconcludeerd dat de getuigplicht als zodanig een absolute voorwaarde voor een proces is, want dát hangt mijns inziens toch af van de vraag of deze nodig is voor een behoorlijke procesvoering. Met andere woorden de betekenis van de getuigenis voor de door de rechter te nemen beslissing bepaalt in belangrijke mate de noodzaak van een getuigplicht. Wanneer geheimhoudingsplicht en getuigplicht tegenover elkaar komen te staan, zal de rechter een afweging moeten maken om te betalen welke plicht voorgaat. Hierbij zal een rol spelen of de geheimhouding een *conditio sine qua non* is voor een behoorlijke beroepsuitoefening, alsook of en in hoeverre de getuigenis noodzakelijk is voor een behoorlijke procesvoering.

#### 2.4 Het verschoningsrecht

Dit brengt mij bij het laatste onderdeel van mijn stelling, namelijk het verschoningsrecht. Uit hetgeen ik tot dusver heb betoogd volgt dat er geen goede argumenten zijn de getuigplicht steeds te laten prevelaren boven de verplichting tot geheimhouding. Vele beroepsgroepen hebben getracht de rechter te verleiden deze afweging in hun voordeel te laten uitvallen en velen hebben ondervonden dat de rechter weinig geneigd is de kring van verschoningsgerechtigden te verruimen. Wat advocaten betreft ligt dat anders. Vanaf het midden van de negentiende eeuw is het vaste rechtspraak dat bij de toepassing van de wettelijke bepalingen die de mogelijkheid van een verschoningsrecht openstellen voor ambten en beroepen die een verplichting tot geheimhouding kennen, de advocaat tot die kring van beroepen behoort.<sup>7</sup> De rechtspraak maakt daarbij geen onderscheid tussen de drie grote rechtsgebieden.

De bepalingen waar het in de strafvordering om gaat zijn de artikelen 218 en 284, vierde lid, welke laatste bepaling het voorschrift van artikel 218, dat op het horen van getuigen in het gerechtelijk vooronderzoek ziet, ook van toepassing verklaart voor de terechtzitting. Artikel 218 Sv luidt:

Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich [...] verschonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.

In het civiele geding geldt de vergelijkbare bepaling van artikel 191 Rv. Het tweede lid van dat artikel luidt in de aanhef en onder b:

<sup>7</sup> Zie voor een overzicht: J.J. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Groningen, 1997, p. 31 e.v. en p. 101 e.v.); preadvies van J.B.M. Vranken, *Het professionele (functionele) verschoningsrecht*, *Handelingen NJV* 1986 I, Zwolle 1986. Meer recent het proefschrift van T.N.B.M. Spronken, *Verdediging*, p. 382-432.

Van deze verplichting kunnen zich verschonen [...] zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.

In het administratieve recht hakt de wetgever in de regel de knoop zelf door, door een limitatieve opsomming te geven van de kring van verschoningsgerechtigden en een goed voorbeeld daarvan is het eerste lid van artikel 53a van de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen. Deze bepaling luidt:

Voor een weigering om te voldoen aan de verplichting ten behoeve van de belastingheffing van derden kunnen alleen bekleeders van een geestelijk ambt, notarissen, procureurs, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn.

Overzie ik nu het eerste deel van mijn betoog dan concludeer ik dat de grondslag van de openstelling van het verschoningsrecht voor de advocaat niet gevonden wordt in de verplichting tot geheimhouding als zodanig, doch juist in de aard van het beroep waarvan de geheimhouding een wezenlijk en noodzakelijk onderdeel is.

### 3 Beschouwing van de stelling

Dit brengt mij bij de beschouwing van de vraag waarom uit de aard van het beroep de advocaat wèl en andere beroepsgroepen met een functionele geheimhouding niet in aanmerking zijn gekomen voor een verschoningsrecht. In feite gaat het hier om twee niet van elkaar los te maken subvragen: wie kwalificeert voor de groep van functionele geheimhouders en waarom krijgt uit die groep de ene geheimhouder wèl en de ander niet een verschoningsrecht.

#### 3.1 Wie kwalificeert als functioneel geheimhouder?

Wat de eerste vraag betreft wordt er in de literatuur doorgaans op gewezen dat voor de beantwoording van deze vraag, wanneer het accent op het beroep wordt gelegd, een rol speelt of er voor het beroep waarborgen bestaan zoals specifieke deskundigheid van de beroepsbeoefenaren, toelatingseisen in de vorm van opleiding en ervaring, en of de beoefenaren zich onderwerpen aan regels met betrekking tot de beroepsuitoefening, een beroepstuchtrecht. Daarnaast kan het duurzame karakter van de werkzaamheden een rol spelen evenals de vraag of in de samenleving behoefte bestaat aan het beroep. Van deze criteria vind ik vooral de noodzaak van tussenkomst van belang. Wanneer men voor genezing op een arts is aangewezen en voor procederen op een advocaat, brengt het algemeen belang met zich mee dat die beroepsbeoefenaren goed kunnen functioneren. Er is geen alternatief; men is nu eenmaal op de arts of advocaat aangewezen. Daarnaast vind ik de aanwezigheid van beroepstuchtrecht van belang. Wanneer een behoorlijke beroepsuitoefening van algemeen belang is, is het logischerwijs ook van belang dat daarop namens ons allen, de cliënt en de patiënt, toezicht wordt uitgeoefend. Het bakent de deontologie van het beroep af opdat niet 'zo maar' wordt gezegd dat geheimhouding in de aard van het beroep besloten ligt en het verzekert een consistente beroepsopvatting.

Van groot belang acht ik voorts de bepaalbaarheid van de beroepsgroep. Indien niet op objectieve en doelmatige wijze kan worden vastgesteld wie tot de beroepsgroep behoort, ontstaat het gevaar dat getuigen proclameren tot een bepaalde beroepsgroep te behoren zonder dat de rechter in staat is de juistheid daarvan vast te stellen. Dit probleem heeft te maken met erkenning en registratievraagstukken. Als het beroep van de getuige ergens is geregistreerd, kan verificatie plaatsvinden bij een erkende beroepsorganisatie. Hier is van belang dat niet iedereen zich zo maar arts of advocaat kan noemen, het zijn beschermde titels waarvan schending strafbaar is gesteld (art. 435 Sr). Dat is bij vele andere beroepen niet het geval en daar kan het probleem van de bepaalbaarheid ontstaan, zoals bij de derde klassieke functionele geheimhouder, de geestelijke, niet ondenkbaar is. Hoe stelt men bijvoorbeeld in het geval van de Satanskerk vast of iemand een bedienaar van het geloof is, of een belastingfraudeur?

Deze discussie speelt niet voor de advocaat of arts; er is geen debat over de vraag of zij tot de hier bedoelde groep behoren. Voor zover er te dezer zake discussie wordt gevoerd gaat het om delegatievragen. In hoeverre strekt het verschoningsrecht zich uit over hulppersoneel en derden die door de verschoningsgerechtigde worden ingeschakeld. Wat advocaten betreft zegt de eerder door mij aangehaalde gedragsregel zes in het derde lid dat: 'de advocaat [...] zijn medewerkers en personeel de inachtneming van een gelijke geheimhouding op[legt].' De rechtspraak heeft deze logische verplichting aanvaard door het verschoningsrecht van het personeel van de advocaat te erkennen.<sup>8</sup> Meer discussie is gevoerd toen een advocaat een derde (een accountant-fiscalist<sup>9</sup>), die niet bij hem in dienst was, als deskundige inschakelde om hem bij te staan bij de rechtsbijstand aan een cliënt. De Hoge Raad moest er aan te pas komen om ook deze verlengde arm constructie goed te keuren door aan de externe deskundige werkzaam ten behoeve van een advocaat in het kader van de rechtsbijstand aan een cliënt, een afgeleid verschoningsrecht toe te kennen.<sup>10</sup>

### 3.2 Wat kwalificeert voor een verschoningsrecht

Wanneer het accent meer wordt gelegd op de verplichting tot geheimhouding gaat het om criteria zoals de vraag of het beroep slechts kan functioneren op basis van vertrouwelijke informatie, of de onbelemmerde uitoefening van het beroep staat of valt met een strikte bescherming van het vertrouwen, of de goede uitoefening van het beroep wordt gezien als een algemeen belang van een hoge orde en of het beroep voorziet in een exclusieve deskundigheid waarop de hulpvrager is aangewezen. Hier komt de aard van het beroep meer naar voren en dat hangt ten nauwste samen met de tweede vraag. De rechtspraak biedt in dit opzicht weinig houvast. De Hoge Raad formuleerde het ten aanzien van de advocaat aldus dat er naar zijn oordeel sprake is van

een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het daglicht komt, moet wijken voor het maatschappelijk

8 HR 6 december 1955, NJ 1956, 52.

9 Volgens vaste rechtspraak hebben geen van beide functionarissen een eigen verschoningsrecht.

10 HR 29 maart 1994, NJ 1994, 552.

belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.<sup>11</sup>

Dat is mooi, maar het is lastig door het declaratoire karakter van dit soort uitspraken heen te kijken om de achterliggende redenen te ontwaren waarom de botsing van belangen in het voordeel van de advocaat uitvalt. De vraag blijft daarom, waarom bij bepaalde beroepsgroepen, die volgens de zo-even genoemde criteria kwalificeren, in de woorden van de rechter, het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het daglicht komt, niet behoef te wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden en bij de advocaat wèl.

Het dunkt mij dat de tegenstelling tussen het belang van waarheidsvinding enerzijds en het belang van geheimhouding anderzijds te grof geformuleerd is. Waar het wel om gaat is of het belang van de waarheidsvinding in het concrete geval slechts door middel van een vervulling van een getuigplicht gewicht in de schaal legt. Is daarvan geen sprake dan komt de belangenafweging naar mijn oordeel niet een aan de orde. Hiervoor gaf ik al aan dat de getuigplicht niet absoluut is en in zoverre is er reden aan het belang van de waarheidsvinding door middel van een getuigplicht een algemene gelding toe te kennen. Wat de functionele geheimhouding betreft, heb ik al betoogd dat het niet gaat om het belang van de bron, de cliënt, doch om het belang van het beroep van advocaat dat slechts kan bestaan bij een functionele geheimhoudingsplicht. Ik herhaal dat die verplichting het privé-belang van de cliënt transformeert in het algemene belang van een behoorlijke beroepsuitoefening. De Hoge Raad oordeelde in dit opzicht dat

artikel 218 Sv [...] het oog [heeft] op personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts dan naar behoren kunnen vervullen indien zij zich ook tegenover de strafrechter kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hen zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die – in strijd met algemeen belang – hun geen hulp zouden vragen indien niet de zekerheid zou bestaan dat de even bedoelde geheimen ook tegenover de strafrechter worden bewaard.<sup>12</sup>

### 3.3 De advocaat als verschoningsgerechtigde

Het lijkt mij overbodig op te merken dat een advocaat een professionele hulpverlener is, die wordt geraadpleegd door hen die problemen hebben van juridische aard. Dergelijke problemen kunnen een specifieke deskundigheid vergen en in die zin voorziet de advocaat in een maatschappelijke behoefte. Zo geformuleerd kan ik nog wel een paar andere beroepen verzinnen die hieraan voldoen. Er moet dus méér zijn om de tweede door mij opgeworpen vraag te kunnen beantwoorden. Dat méér zit in het existentiële van de hulpverlening en de omstandigheid dat hulpzoekenden op de tussenkomst van de advocaat zijn aangewezen. Met 'existentieel' bedoel ik niet per se 'het leven betreffend' maar vooral zwaarwichtige hulp die noodzakelijk is om de juridische nood van de hulpzoekende te verhelpen. Met 'aangewezen' bedoel ik dat

11 HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173.

12 HR 28 oktober 1983, *NJ* 1984, 132.

*in civilibus* de tussenkomst van de advocaat, afgezien van kantongerechtszaken, wettelijk verplicht is en in strafzaken de rol van de advocaat, afgezien van bagatelzaken, niet weg te denken is. Voor de advocaat, en vooral voor de raadsman in strafzaken, geldt dat hij een garant van de rechtsstaat is. Zijn tussenkomst staat er immers mede garant voor dat de belangen van de cliënt vakkundig gesteld worden tegenover de belangen van de civiele wederpartij of van de vervolgende overheid opdat de rechter een volwaardige beslissing kan nemen. In een rechtsstaat behoren alle procespartijen aan hun trekken te kunnen komen en daarom vormt het recht op rechtsbijstand een grondrecht<sup>13</sup> dat de mensenrechtenverdragen<sup>14</sup> aan een ieder uitdrukkelijk garandeert wanneer het gaat om de bepaling van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgging.

Tegen deze achtergrond van verplichte rechtsbijstand in burgerlijke zaken en gegarandeerde rechtsbijstand in strafzaken is het niet verbazingwekkend dat de advocaat in de groep van functionele geheimhouders die kwalificeren voor de eerder besproken functionele criteria, anders dan de belastingadviseur of registeraccountant, een unieke positie inneemt. De positie van de advocaat is meer in het algemeen belang verankerd dan die van anderen in de groep. Dit belang wordt alleen dan effectief verwezenlijkt indien in de noodzakelijke en gegarandeerde relatie tussen cliënt en advocaat in beginsel geen belemmeringen worden opgeworpen, die aan een betekenisvolle rechtshulpverlening in de weg kunnen staan. Het dunkt mij dat een verplichting tot volledige ontsluiting van de communicatie tussen advocaat en cliënt daarmee strijdig is te achten.

#### 4 Omvang van de stelling

Ik kom nu toe aan het laatste gedeelte van mijn betoog en beschouw nu de omvang van het verschoningsrecht van de advocaat.

##### 4.1 Het verschoningsrecht is niet absoluut

In de eerste plaats merk ik op dat de geheimhoudingsplicht niet absoluut is met als gevolg dat het verschoningsrecht niet kan worden opgevat als een verschoningsplicht. Het tweede lid van gedragsregel zes van de gedragsregels voor advocaten getuigt daarvan. Het tweede lid van deze regel luidt:

Indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruik maken van zijn verkregen kennis naar buiten eist, staat dat de advocaat vrij, voor zover de cliënt daartegen geen bezwaar heeft en voor zover dit in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening.

<sup>13</sup> Artikel 18 Grondwet.

<sup>14</sup> Artikel 14 lid 3, sub d, IVBPR en artikel 6 lid 3, sub c, EVRM). Vgl. wat het IVBPR betreft, *Kelly t. Jamaica* (nr. 253/1987) en *Wright t. Jamaica* (nr. 459/1991) en wat het EVRM betreft *Pakelli t. Duitsland* (Series A, nr. 64) en *Croissant t. Duitsland* (Series A, 237-B).

Het staat de advocaat met instemming van de cliënt dus vrij vertrouwelijke gegevens voor derden te ontsluiten. Dit is strikt genomen geen beperking van de verplichting tot geheimhouding, want in wezen komt dit op niets anders neer dan dat de cliënt de gegevens ook zelf bekend kan maken.

Interessanter is de vraag of de advocaat de mogelijkheid heeft om een eigen afweging te maken, die niet gebaseerd is op de toestemming van de cliënt. Het gaat hier om de vraag of een advocaat een afweging mag maken tussen de aan hem toevertrouwde belangen van de cliënt en de belangen van anderen die door geheimhouding onevenredig zouden worden getroffen, indien zulks in overeenstemming is met een goede beroepsuitoefening. Zo is de vraag wat de advocaat moet doen wanneer hem in zijn bediening bijvoorbeeld het voornemen tot moord wordt toevertrouwd. Tegenover de aangifteplicht van artikel 160 Sv staat de geheimhoudingsplicht. Volgens vaste tuchtrechtspraak gaat het uiteindelijk om een zeer persoonlijke afweging omtrent de behoorlijkheid van de praktijkvoering, waarbij van de advocaat wordt verlangd dat hij uit oogpunt van een behoorlijke beroepsuitoefening zich laten leiden door hetgeen uit oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit onder de gegeven omstandigheden het minst kwade lijkt. Strikt genomen heeft dit dilemma niets van doen met het verschoningsrecht want het gaat in dit voorbeeld niet om de waarheidsvinding, die zo nauw verbonden is met de getuigplicht.

De rechtspraak heeft het *secret absolu* ook afgewezen. In zijn arrest van 1 maart 1985 oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van een notaris dat

het verschoningsrecht in zoverre niet absoluut is, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>15</sup>

Ten aanzien van een advocaat is dit probleem tot dusver niet op het punt van het verschoningsrecht ter opheffing van een getuigplicht aan de orde gekomen doch slechts indirect in het kader van de inbeslagneming van gegevens die onder zijn geheimhoudingsverplichting vallen. In een drietal beschikkingen van 30 november 1999 overwoog de Hoge Raad naar aanleiding van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt, dat

dit zich niet in een algemene regel laat samenvatten, maar dat de enkele omstandigheid dat de advocaat als verdachte wordt aangemerkt in ieder geval niet toereikend is om zijn verschoningsrecht te doorbreken.<sup>16</sup>

## 4.2 Supranationale ontwikkelingen

Als afronding maak ik een uitstapje naar de invloed van de communautaire regelgeving op de geheimhoudingsverplichting. Ofschoon het hier eigenlijk niet gaat om het verschoningsrecht

<sup>15</sup> HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

<sup>16</sup> Nrs. 3941/3942/3943, JOL 1999, 270; zie ook *Nieuwsbrief Strafrecht* 2000, nr. 1 en G.P. Hamer & S.V. Pelsser, *Advocatenblad* 2000, p. 198-200.

zelf, raakt het wel aan dezelfde kwestie, namelijk de behoorlijke beroepsuitoefening. Ik doel hier op de conceptringlijn<sup>17</sup> ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld. In dit document wordt voorgesteld notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen bij het verrichten van bepaalde financiële handelingen te verplichten uit eigen beweging ieder feit melden dat zou kunnen wijzen op witwassen. Dit zou alleen niet hoeven in het geval zij de te melden gegevens van hun cliënten hebben ontvangen in het kader van hun optreden als verdediger of vertegenwoordiger in een rechtsgeding met inbegrip van een advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of deze informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen.<sup>18</sup> Bij deze wettelijke verplichting gaat het in wezen om dezelfde verplichting als die van behandelende artsen, die in het belang van de volksgezondheid, bepaalde zeer besmettelijke ziekten met doorbreking van hun verplichting tot geheimhouding moeten melden.

De richtlijn heeft de discussie over wat onder een normale beroepsuitoefening<sup>19</sup> moet worden verstaan zowel in Nederland alsook in andere lidstaten doen herleven. Wanneer iets immers niet 'des advocaats' is, treedt de gedragsrechtelijke plicht tot geheimhouding niet in werking en zou geen beroep op het verschoningsrecht kunnen worden gedaan. De grondslag van mijn stelling was immers dat het moet gaan om gegevens die de advocaat *als zodanig* zijn toevertrouwd. Men zou hierbij kunnen denken aan financiële dienstverlening door een advocaat of het optreden van een advocaat als directeur van een vennootschap. In haar proefschrift merkt Spronken op dat de afbakening tussen de juridische en andersoortige dienstverlening niet altijd helder is. Zij verwijst daarvoor naar een uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven die oordeelde dat 'doorbetaling [door een advocaat] van bedragen [ontvangen van een buitenlandse cliënt] ter uitvoering van een schikking [met de officier van justitie] aan derden [justitie] niet onder de geheimhoudingsplicht valt, omdat die betaling aan desbetreffende derden bekend wordt en daarom op de advocaat geen geheimhoudingsplicht rust en omdat het beroepsgeheim van de advocaat er niet toe strekt dergelijke betalingen geheim te houden.'<sup>20</sup> Deze uitspraak is met name door de deken van de Nederlandse Orde van Advocaten sterk bekritiseerd, omdat het feit dat een derde bij de betaling betrokken is, niets zegt over de mate van vertrouwelijkheid van de betaling omdat ook de derde mede belang kan hebben bij vertrouwelijkheid en daarop ook jegens de advocaat mag rekenen. Bovendien gaat het niet om geheimhouding van de betaling op zichzelf, maar om geheimhouding van de daarmee verbonden voorgeschiedenis. Ik sluit mij gaarne bij deze opvatting aan.

Van meer belang lijkt mij de discussie te zijn of advieswerk al dan niet onder de normale beroepsuitoefening valt. In de conceptringlijn wordt alleen het advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding beschermd. Wetenschap verkregen in andere gevallen van

17 Gemeenschappelijk standpunt van 30 november 2000 tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG van 10 juni 1991 (Doc. 2001/C 36/02); zie tevens de brief van minister van Justitie van 3 november 2000 aan de kamer (*Kamerstukken II* 2000/01, 21 501-07 en 23 490, nr. 302).

18 Zie de artikelen 2a en 6.

19 Vergelijk De Vos, 'De advocaat als getuige', *bijlage Advocatenblad* 1957, p. 455; Mout, 'Zwart op zwart zie je niet', *Advocatenblad* 1994, p. 146; Van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht*, p. 75-77, Mul & Schaap, 'De nieuwe richtlijnen voor de advocatuur', *Trema* 1995, p. 312-317; Doorenbos, 'Witwassen en (misbruik van) voorwetenschap', *Advocatenblad* 1996, p. 111-115 en HR 29 april 1994, NJ 1994, 537.

20 CBB 23 april 1996, *Advocatenblad* 1996, p. 573-575.

advieswerk zou gemeld moeten worden wanneer het vermoeden bestaat dat er sprake is van witwassen. Dit onderscheid lijkt mij gekunsteld en het gaat naar mijn oordeel voorbij aan het feit dat ook ander advieswerk vertrouwelijke gegevens kan betreffen. Meer consistent lijkt mij dat advies met betrekking tot een illegale aangelegenheid vanwege het feit dat zulks geen behoorlijke beroepsuitoefening betreft buiten de beroepsbescherming valt. In dat geval wordt immers wegens ontbreken van de behoorlijkheid de verplichting tot geheimhouding niet ontketend en kan er dus ook geen sprake zijn van een situatie die valt binnen het bereik van het verschoningsrecht.

## 5 Uitleiding

Ik realiseer mij dat deze voorstelling van zaken nadere bestudering vergt. Gegeven het feit dat de geheimhouder zelf bepaalt of iets al dan niet onder de geheimhouding valt, blijft er wel een praktisch probleem over.<sup>21</sup> Indien dat geheel ter toets van de rechter zou zijn, wordt immers aan de geheimhouding al afbreuk gedaan. De rechter kan daarom slechts marginaal toetsen of hetgeen de geheimhouder als getuige wordt gevraagd onder de verplichting tot geheimhouding valt. Wanneer redelijke aanwijzingen van het tegendeel ontbreken kan de rechter niets doen.

Er blijft dus een probleem. Dat is geen tekortkoming van het recht, want uiteindelijk zijn dit soort kwesties per saldo een kwestie van fatsoen.

21 HR 7 juni 1985, NJ 1986, 174.