

# Platform Modernisering Strafvordering

## Het professionele verschoningsrecht in het nieuwe wetboek

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

### 1 Introductie onderwerp

In het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering is een aantal voorstellen gedaan voor een nieuwe regeling van het ‘professionele verschoningsrecht’. Dit is de gangbare aanduiding voor het verschoningsrecht van bepaalde beroepsbeoefenaren met een vertrouwenspositie die in het kader van hun beroepsuitoefening een geheimhoudingsplicht hebben. Deze vertrouwenspersonen hebben kort gezegd het recht tegenover iedereen – onder wie begrepen de rechter – hun geheimhoudingsplicht ten aanzien van hun cliënt of patiënt gestand te doen. Dit recht is tot op heden toegekend aan het zogenoemde ‘klassieke kwartet’: de advocaat, de notaris, de arts en de geestelijke.

In deze bijdrage ga ik in op de voorgestelde bepalingen die betrekking hebben op het professionele verschoningsrecht bij het getuigenverhoor en bij een doorzoeking en inbeslagneming bij professioneel verschoningsgerechtigden dan wel derden.<sup>1</sup> Ik focus daarbij op de advocaat.

Uit de conceptmemorie van toelichting bij Boek 1 (hierna: concept-MvT Boek 1) blijkt dat het de bedoeling van de wetgever is om de reikwijdte en omvang van het verschoningsrecht (van de klassieke geheimhouders) te verduidelijken, waarbij wordt voortgebouwd op de grondslag van het verschoningsrecht en de reikwijdte ‘in overeenstemming wordt gebracht met recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en de rechtspraktijk’.<sup>2</sup> In de conclusie kom ik terug op de vraag of dit doel bereikt is. Daarbij betrek ik de vraag of de nieuwe bepalingen de grondslag en het doel van het verschoningsrecht van de advocaat voldoende respecteren.

In paragraaf 2 geef ik summier het huidige wettelijk kader en de grondslag en ratio van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat weer. In paragraaf 3 ga ik in op de voorgestelde nieuwe bepaling inzake het professionele verschoningsrecht bij het getuigenverhoor, waarbij ook de omvang en de reikwijdte van het verschoningsrecht aan de orde komen. Daarna besteed ik aandacht aan de nieuwe procedure bij de doorzoeking en inbeslagneming bij een verschoningsgerechtigde (par. 4) dan wel bij ‘anderen’ (par. 6) en komt de procedure

rond het kennisnemen van verschoningsgerechtigde informatie aan bod (par. 5). In paragraaf 7 ga ik kort in op de rechtsmiddelen en ik sluit af met de conclusie (par. 8).

## 2 Inleidende opmerkingen

### 2.1 *Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van de advocaat*

Sinds 1 januari 2015 zijn in de Advocatenwet de kernwaarden van de advocaat wettelijk verankerd.<sup>3</sup> Een van de kernwaarden die de advocaat bij zijn beroepsuitoefening in acht moet nemen is ‘vertrouwelijkheid’. De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt wordt in onze samenleving van groot belang geacht voor het goed kunnen vervullen van de rol van de advocaat in de rechtsbedeling. Om zijn cliënten adequate rechtshulp te kunnen verlenen dient een advocaat te beschikken over alle voor de behandeling van een zaak relevante informatie. Men gaat ervan uit dat cliënten die een bepaalde kwestie voorleggen aan een advocaat slechts het achterste van hun tong zullen laten zien indien zij kunnen rekenen op vertrouwelijkheid.<sup>4</sup> Deze vertrouwelijkheid in de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt wordt gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en, in het verlengde daarvan, zijn ‘professionele’ verschoningsrecht. De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat zijn tamelijk summier wettelijk geregeld.<sup>5</sup> De omvang en de reikwijdte ervan zijn grotendeels in de jurisprudentie ingevuld. In 1985 heeft de Hoge Raad in de *Notaris Maas*-beschikking bepaald dat het verschoningsrecht van bepaalde beroepsbeoefenaren met een vertrouwenspositie gebaseerd is op ‘een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel, waarop onafhankelijk van een wettelijke regeling een beroep kan worden gedaan’.<sup>6</sup> Op grond van dit algemene rechtsbeginsel brengt het inschakelen van deze vertrouwenspersonen met zich mee dat het belang van waarheidsvinding moet wijken voor het maatschappelijk belang dat ‘eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene tot hen moet kunnen wenden voor bijstand en advies’.<sup>7</sup> Als het gaat om advocaten beoogt dit rechtsbeginsel rechtzoekenden de zekerheid te bieden dat ze in volstreekte vertrouwelijkheid een advocaat kunnen raadplegen teneinde onbelemmerde toegang te hebben tot bijstand en verdediging door een advocaat in juridische procedures en tot diens deskundige juridisch advies. Uit de *Notaris Maas*-beschikking vloeit ook voort dat eventuele beperkingen en uitzonderingen op dit rechtsbeginsel met het oog op de rechtszekerheid slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden toelaatbaar zijn.

### 2.2 *Bescherming vertrouwelijke communicatie advocaat-cliënt door het EHRM en HvJ EU*

De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt wordt

ook beschermd op grond van artikel 6 en artikel 8 EVRM.<sup>8</sup> In de jurisprudentie van het EHRM wordt het belang van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat benadrukt en de noodzaak ervan voor de vertrouwensband tussen advocaat en cliënt. In de rechtspraak van het HvJ EU heeft het beroepsgeheim van de advocaat de status van een fundamenteel algemeen rechtsbeginsel. De vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt ‘dient immers het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft’.<sup>9</sup>

### 3 Het professionele verschoningsrecht bij het getuigenverhoor

#### 3.1 Inleiding

In de afgelopen jaren is met enige regelmaat de reikwijdte van het verschoningsrecht van (onder meer) de advocaat ter discussie gesteld. Zowel in politieke discussies als in publicaties van vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie (OM) werden bijvoorbeeld de volgende, steeds terugkerende, kritiekpunten genoemd: de wetteksten waaruit het verschoningsrecht voortvloeit, zouden gedateerd zijn, de werkzaamheden van de advocaat – en daarmee het bereik van het verschoningsrecht – zouden zich steeds meer uitbreiden en het verschoningsrecht zou te gemakkelijk kunnen worden misbruikt om illegale activiteiten te verhullen.<sup>10</sup>

In de concept-MvT Boek 1 lezen we enerzijds dat het *belang* van het verschoningsrecht onverminderd wordt onderschreven, anderzijds dat de hiervoor aangestipte discussie een rol heeft gespeeld bij de voorstellen voor nieuwe wettelijke bepalingen.

Volgens de concept-MvT 1 is ervoor gekozen om de jurisprudentie van de Hoge Raad te codificeren en daarbij rekening te houden met ‘een aantal ontwikkelingen die vragen om een nadere duiding van de regels omtrent het verschoningsrecht’. Als voorbeeld wordt genoemd: een ontwikkeling waarin verschoningsgerechtigden naast hun verschoningsgerechtigde werkzaamheden ook andere werkzaamheden zijn gaan uitvoeren.<sup>11</sup>

De omvang en reikwijdte van het verschoningsrecht komt met name aan bod in de toelichting bij het nieuwe artikel 1.6.2.2.2 dat artikel 218 Sv vervangt:

‘Getuigen die in de uitoefening van hun ambt, beroep of stand verplicht zijn tot een geheimhouding waarin besloten ligt dat het belang van de waarheidsvinding moet wijken voor het belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden, kunnen zich van het beantwoorden van bepaalde vragen verschonen. Zij kunnen

zich slechts verschonen omtrent de wetenschap over hetgeen rechtstreeks verband houdt met deze specifieke taakuitoefening.’

### ***3.2 Verschoningsrecht beperkt tot bepaalde getuigen***

Net als in het huidige artikel 218 Sv wordt niet expliciet aangegeven aan wie het professionele verschoningsrecht toekomt. Wel wordt aansluiting gezocht bij het algemene rechtsbeginsel zoals verwoord in de *Notaris Maas*-beschikking, zodat nu ook in de wettekst veel duidelijker dan voorheen is aangegeven dat het gaat om een beperkte groep beroepsbeoefenaren die aan bepaalde eisen voldoen. In de toelichting wordt bevestigd dat hieronder tot op heden advocaten, notarissen, artsen en geestelijken worden geschaard. De open norm ten aanzien van het subject van verschoningsrecht is dus gehandhaafd, om ruimte te blijven bieden voor nieuwe ontwikkelingen.<sup>12</sup>

### ***3.3 Verschoningsrecht gekoppeld aan het beantwoorden van bepaalde vragen***

Op grond van het huidige artikel 218 Sv kan de betreffende getuige zich verschonen van ‘het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen (...)’. Een advocaat mag dus weigeren een verklaring af te leggen *of* weigeren vragen te beantwoorden, zonder dat hij bang hoeft te zijn voor de anders toepasselijke sancties.<sup>13</sup>

Het verschoningsrecht zoals verwoord in artikel 1.6.2.2.2 is – anders dan bijvoorbeeld het verschoningsrecht van bloed- en aanverwanten van de verdachte (art. 1.6.2.1.1) – slechts beperkt tot het beantwoorden van ‘bepaalde vragen’. Waarom dat zo is, wordt naar mijn mening niet voldoende uitgelegd.

In de concept-MvT Boek 1 wordt gesteld dat het professioneel verschoningsrecht zich beperkt tot ‘bepaalde informatie’ die aan de verschoningsgerechtigde in het kader van zijn verschoningsgerechtigde werkzaamheden is verstrekt.<sup>14</sup> Deze stelling miskent echter dat in beginsel *alle* informatie die in het kader van de ‘normale beroepsuitoefening’ tussen advocaat en cliënt is uitgewisseld onder het verschoningsrecht valt.<sup>15</sup>

Indien een als getuige opgeroepen advocaat stelt dat hij in de kwestie waarover hij zal worden gehoord als advocaat is ingeschakeld en in die hoedanigheid ook werkzaamheden heeft verricht, wordt deze stelling door de rechter slechts marginaal getoetst. Hij hoeft in dat geval geen enkele vraag te beantwoorden, ‘zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven’.<sup>16</sup> De strekking hiervan is om te voorkomen dat bij de beoordeling door de rechter of terecht een beroep op het verschoningsrecht wordt gedaan toch geopenbaard wordt wat verborgen moet blijven.<sup>17</sup> De noodzaak van het laten

vervallen van de huidige mogelijkheid om zich te kunnen verschonen van het geven van een getuigenis als zodanig, wordt mijns inziens niet aannemelijk gemaakt.

### **3.4 Reikwijdte verschoningsgerechtigde werkzaamheden: verduidelijking of verschraling?**

Volgens het huidige artikel 218 Sv kan door de daar bedoelde geheimhouders een beroep op het verschoningsrecht worden gedaan ‘omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd’. In de civiele tegenhanger artikel 165 lid 2 sub b Rv, dat betrekking heeft op dezelfde geheimhouders, kan het verschoningsrecht worden ingeroepen ‘omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd’.

De invulling van deze in beide artikelen vervatte open norm heeft zich in de jurisprudentie ontwikkeld.

#### **3.4.1 Als zoodanig/in hoedanigheid vs. ‘specifieke taakuitoefening’**

Bij de invulling van het begrip ‘als zoodanig’ (dan wel ‘in hoedanigheid’) gaat het erom dat een rechter bij een beroep op het verschoningsrecht nagaat of de werkzaamheden die door de geheimhouder zijn verricht tot de taak van de geheimhouder horen en of de geheimhouder ook met het oog op die taak is benaderd. Hierbij zal een rechter acht slaan op maatschappelijke opvattingen. Opvattingen over wat tot de taak van een advocaat behoort, kunnen in de loop der tijd aan verandering onderhevig zijn.<sup>18</sup> Vooropgesteld dient te worden dat zowel de procespraktijk als de ‘adviespraktijk’ tot het traditionele werkterrein van de advocaat behoort.<sup>19</sup> In het in 2006 door de commissie-Van Wijmen uitgebrachte rapport *Een maatschappelijke orde* is ook geconcludeerd dat de kerntaak van de advocaat gericht is op het waarborgen van de rechtspositie van de cliënt en dat dit (nog steeds) zowel procesbijstand als juridische advisering omvat.<sup>20</sup> De rol van de advocaat is er niet alleen op gericht om problemen van de cliënt op te lossen maar ook om diens problemen te voorkomen. Een belangrijk onderdeel van juridische advisering is immers het informeren van cliënten omtrent hun (wettelijke) *plichten* en omtrent hetgeen wettelijk is toegestaan; advocaten kunnen op deze wijze een belangrijke rol spelen bij het voorkomen van illegale gedragingen van hun cliënten. Volgens de Hoge Raad gaat het bij de bepaling van het object van verschoningsrecht om de wetenschap die een verschoningsgerechtigde heeft verkregen in de ‘normale’ uitoefening van zijn beroep; 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.<sup>21</sup> De tuchtrechter heeft zich in een recente uitspraak aangesloten bij deze jurisprudentie en in aanvulling hierop gesteld dat het moet gaan om informatie verkregen binnen het kader van de juridische dienstverlening door de advocaat ‘zoals deze rechtsbijstand

van een integer advocaat moet worden verwacht'.<sup>22</sup>

Zoals hiervoor in paragraaf 3.1. aangestipt, wordt in de concept-MvT Boek 1 verwezen naar een ontwikkeling waarin – onder meer – advocaten naast hun 'verschoningsgerechtigde werkzaamheden' ook andere werkzaamheden zijn gaan uitvoeren. Deze ontwikkeling zou in de praktijk hebben geleid tot discussies en procedures over de reikwijdte van het verschoningsrecht. Hoewel uit de concept-MvT Boek 1 volgt dat het aan de verschoningsgerechtigde beroepsgroepen zelf wordt overgelaten om invulling te geven aan de reikwijdte van het verschoningsrecht, beoogt de wettelijke regeling meer helderheid op dit punt te verschaffen door gebruik van de term 'specifieke taakuitoefening'.<sup>23</sup> De voorgestelde tekst en de toelichting op dit punt geven echter niet de aangekondigde verduidelijking van de reikwijdte van het verschoningsrecht.

In de toelichting wordt ten onrechte een kunstmatig onderscheid geïntroduceerd tussen 'verschoningsgerechtigde werkzaamheden' en 'andere werkzaamheden' van een advocaat.<sup>24</sup> Voor zover met 'andere werkzaamheden' wordt bedoeld op werkzaamheden die iemand die als advocaat is ingeschreven in een specifieke functie uitoefent, zoals het optreden als bestuurder van een vennootschap of het optreden als curator, geldt het volgende: hiervan stond al vast dat diegene dan niet 'in hoedanigheid van advocaat' werkzaam is, zodat een beroep op het verschoningsrecht reeds om die reden niet opgaat.<sup>25</sup> Hetzelfde geldt voor de situatie waarin een advocaat tijdens zijn werk per toeval getuige is van een misdrijf, waarbij derden zijn betrokken: ten aanzien van hetgeen hij dan waarneemt, komt hem geen beroep toe op het verschoningsrecht.<sup>26</sup> Ten slotte wordt in dit verband nog een aantal buitennissige voorbeelden van werkzaamheden of situaties genoemd, waarin het kort gezegd steeds zou gaan om het delen van informatie met de verschoningsgerechtigde, '*met geen ander doel dan de inhoud van deze informatie onder het bereik van het verschoningsrecht te brengen*'.<sup>27</sup> Het gaat dan bijvoorbeeld om het inkopiëren van de advocaat in de cc-regel van een e-mail of het laten deelnemen van een advocaat aan een vergadering, met het 'uitsluitende doel' om bepaalde correspondentie of besprekingen onder het verschoningsrecht te laten vallen. Dat het *met dit uitsluitende doel* verstrekken van informatie aan de advocaat, zonder dat van de advocaat een 'advocatuurlijke dienst' wordt verwacht, buiten het verschoningsrecht valt, ligt mijns inziens nogal voor de hand en rechtvaardigt evenmin het gemaakte onderscheid tussen 'verschoningsgerechtigde' en 'andere' werkzaamheden van de advocaat.<sup>28</sup>

Enige behoefte aan verduidelijking ten aanzien van de vraag van wat onder de 'normale beroepsuitoefening' van een advocaat valt, bestaat er overigens wel. Hiervan getuigen bijvoorbeeld twee uitspraken uit 2015, waarin een beroep op het verschoningsrecht werd afgewezen (onder meer) omdat dit beroep werd gedaan in

het kader van werkzaamheden van de advocaat, ten aanzien waarvan de rechter niet overtuigd was dat deze behoorden tot de kerntaak van de advocaat.<sup>29</sup> In een van deze zaken ging het om het doen van ‘forensisch feitenonderzoek’ door een advocaat. De rechtbank wees een beroep op het verschoningsrecht in deze zaak af, onder meer op grond van het argument dat het door advocaten opgestelde onderzoeksrapport zelf geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevatte. Dit argument is naar mijn mening niet toereikend om tot afwijzing van het verschoningsrecht te concluderen.<sup>30</sup> Het doen van feitenonderzoek voor advocaten is immers een voor de hand liggende werkzaamheid *als basis* voor het verlenen van juridisch advies.<sup>31</sup>

Bovendien: niet zozeer de werkzaamheden zelf, maar het doel van de werkzaamheden en de context waarin deze worden uitgevoerd zijn naar mijn mening doorslaggevend. De omstandigheid dat een advocaat werkzaamheden uitvoert op een wijze of in een vorm die voorheen voor advocaten niet gebruikelijk was, hoeft geen consequenties te hebben voor de reikwijdte van het verschoningsrecht, zolang een advocaat is benaderd om in een juridische context en met het oog op zijn beroepsspecifieke kennis een rechtzoekende te adviseren en/of in rechte bij te staan.<sup>32</sup> Het standpunt van de advocaat dat hij in deze hoedanigheid is benaderd en werkzaam is geweest, dient conform vaste jurisprudentie leidend te zijn en wordt door de rechter marginaal getoetst.<sup>33</sup>

Naar mijn mening dient het uitgangspunt te zijn, dat *alle* werkzaamheden van de advocaat verschoningsgerechtigd zijn, zolang de werkzaamheden van de advocaat terug te voeren zijn tot zijn kerntaak, tot zijn ‘normale beroepsuitoefening’. Een andere uitleg zou in strijd komen met de ratio van het verschoningsrecht. Het zou – gelet op de in de concept-MvT Boek 1 gegeven toelichting – duidelijker zijn om in de wetstekst aansluiting te zoeken bij het door de Hoge Raad gehanteerde begrip ‘normale beroepsuitoefening’ in plaats van de verwijzing naar ‘deze specifieke taakuitoefening’. In de toelichting zou ten aanzien van advocaten nog kunnen worden verduidelijkt dat het bij de invulling van het begrip ‘juridische dienstverlening’ met name gaat om het doel van de werkzaamheden en de juridische context waarin deze worden uitgevoerd.

### 3.4.2 Toevertrouwd vs. rechtstreeks verband

In de toelichting wordt summier ingegaan op de invulling in de jurisprudentie van het in artikel 218 Sv gehanteerde begrip ‘toevertrouwd’.<sup>34</sup> Terecht wordt opgemerkt dat het verschoningsrecht zich niet alleen uitstrekt over informatie die de verschoningsgerechtigde van de cliënt of patiënt heeft gekregen, maar dat het ook gaat om informatie die de verschoningsgerechtigde binnen de vertrouwensrelatie aan de cliënt/patiënt heeft verstrekt (bijvoorbeeld het juridisch advies van de advocaat) en over eventuele waarnemingen en ondervindingen in het kader van de

bijstandsverlening.

Het is de bedoeling dat de nieuwe wettekst deze invulling van het begrip ‘toevertrouwd’ beter weergeeft.<sup>35</sup> Dat doel wordt echter naar mijn mening niet bereikt door het gebruik van het woord: ‘rechtstreeks’. De jurisprudentie biedt geen aanknopingspunt voor de in de concept-MvT Boek 1 genoemde eis dat het moet gaan om wetenschap omtrent hetgeen een ‘daadwerkelijk verband’ en niet een ‘ver verwijderd, zijdelings verband’ houdt met de beroepsuitoefening. Door het introduceren van de eis dat spake moet zijn van een ‘rechtstreeks’ verband lijkt ten onrechte te worden gesuggereerd dat slechts voor de beroepsuitoefening relevante informatie voor bescherming van het verschoningsrecht in aanmerking komt. De Hoge Raad hanteerde in de *Notaris Maas*-beschikking echter het volgende uitgangspunt: ‘alles wat aan de geheimhouder als zodanig is medegedeeld, ook als aan hem toevertrouwd heeft te gelden’. Hiermee heeft de Hoge Raad willen aangeven dat bij het beoordelen welke informatie als toevertrouwd heeft te gelden geen onderscheid moet worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens. Een andersluidende opvatting zou leiden tot grote rechtsonzekerheid:

‘Dit betoog moet worden verworpen. Het miskent dat het verschoningsrecht ten doel heeft cliënten en andere belanghebbenden de zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de notaris kunnen spreken. Die zekerheid zou door het maken van zulk een onderscheid op onaanvaardbare wijze worden aangetast’,

aldus de Hoge Raad in de *Notaris Maas*-beschikking.<sup>36</sup>

Een rechtzoekende moet er dus van uit kunnen gaan dat hij alles aan zijn advocaat kan vertellen, zonder daarbij te moeten nagaan of datgene wel relevant is voor de zaak of het stempel ‘vertrouwelijk’ verdient.<sup>37</sup>

Bovendien is in de jurisprudentie ook aanvaard dat correspondentie met derden en van derden verkregen stukken onder het verschoningsrecht kunnen vallen.<sup>38</sup> In de toelichting wordt hier niet op ingegaan, zodat onvoldoende duidelijk is of de nieuwe formulering ook rekening houdt met de bescherming die de jurisprudentie biedt aan dergelijke informatie.

Het woord ‘rechtstreeks’ doet geen recht aan de gangbare uitleg van het begrip ‘toevertrouwd’.

### **3.5 Verschoningsplichten**

Artikel 1.6.3.2 introduceert een nieuwe regeling die beoogt het verschoningsrecht te beschermen in gevallen waarin bepaalde personen kennisnemen van mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal met het oog op de beoordeling of dit materiaal



onder het verschoningsrecht valt. Indien deze personen van oordeel zijn dat het gaat om verschoningsgerechtigd materiaal geldt voor hen als getuige op grond van de nieuwe regeling een verschoningsplicht. Te denken valt aan een rechter-commissaris (R-C), door hem ingeschakelde medewerkers van zijn kabinet of een vertegenwoordiger van een verschoningsgerechtigde beroepsgroep die de R-C adviseert bij de beoordeling van stukken in de situatie van een doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde.<sup>39</sup> Dit is mijns inziens een zinvolle aanvulling op de bescherming van het verschoningsrecht.

## **4 Doorzoeking en inbeslagneming bij de professioneel verschoningsgerechtigde**

### ***4.1 Inleiding***

Het huidige artikel 98 Sv heeft betrekking op de doorzoeking en inbeslagneming bij professioneel verschoningsgerechtigden.

In de conceptmemorie van toelichting bij Boek 2 (hierna: concept-MvT Boek 2) wordt erop gewezen dat het uitgangspunt voor de nieuwe regeling van titel 7.6 artikel 98 Sv is en dat ten opzichte van dat artikel wordt voorzien in een uitgebreidere beschrijving van de procedure en de toetsingscriteria.<sup>40</sup> De nieuwe regeling behandelt – anders dan in artikel 98 Sv – de doorzoeking en de inbeslagneming in afzonderlijke paragrafen. Nieuw is ook een afzonderlijke bepaling omtrent de inbeslagneming bij ‘anderen’. In deze paragraaf ga ik in op artikel 2.7.6.2.1.1 dat betrekking heeft op de doorzoeking van het kantoor van professioneel verschoningsgerechtigden (par. 4.2 en 4.3) en artikel 2.7.6.2.2.2, dat uitzonderingen noemt op het verbod op kennisneming van informatie bij inbeslagneming bij professioneel verschoningsgerechtigden (par. 4.4 en par. 4.5).

### ***4.2 Doorzoeking kantoor professioneel verschoningsgerechtigden (art. 2.7.6.2.1.1)***

De nieuwe regeling bepaalt dat een doorzoeking van het kantoor van een verschoningsgerechtigde alleen kan plaatsvinden voor zover zij ‘zonder schending van het verschoningsrecht kan geschieden’. In de nieuwe tekst (en in de toelichting) ontbreekt een belangrijke eis die onder het huidige recht aan een doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde wordt gesteld, te weten: de eis dat de doorzoeking zich niet mag uitstrekken tot, kort gezegd, andere stukken dan die voorwerp uitmaken van het strafbare feit of daartoe gediend hebben.<sup>41</sup> Een doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde kan slechts plaatsvinden nadat uit andere feiten en omstandigheden reeds een concrete verdenking is gerezen. In de toelichting op dit artikel wordt bovendien onvoldoende aandacht besteed aan de uit vaste jurisprudentie voortvloeiende regel dat doorzoeking bij een

verschoningsgerechtigde 'gericht' moet gebeuren. Dat betekent onder meer dat er voorafgaand aan de doorzoeking een duidelijke omschrijving moet zijn van de aard van de gezochte stukken<sup>42</sup> en dat alleen op bepaalde plaatsen mag worden gezocht als er sterke aanwijzingen of vermoedens bestaan dat zich op die plaatsen corpora et instrumenta delicti bevinden, dan wel als het om stukken gaat die niet onder de geheimhoudingsplicht van de advocaat vallen, bijvoorbeeld omdat hij die stukken niet als advocaat onder zich heeft. Er mag niet worden gezocht naar stukken die slechts een aanwijzing opleveren voor een strafbaar feit en de doorzoeking moet op de minst bezwarende wijze geschieden zodat de kans dat verschoningsgerechtigde gegevens ter kennis van derden kunnen komen zo klein mogelijk is.<sup>43</sup> Voor een ruimere doorzoeking, waarbij niet alleen wordt gezocht naar brieven of geschriften die voorwerp uitmaken van het strafbare feit of tot het begaan daarvan hebben gediend maar bijvoorbeeld ook naar stukken die in ruimer verband de waarheid aan het licht kunnen brengen, is de toestemming van de advocaat nodig.

Het ontbreken van een verwijzing naar de hiervoor genoemde elementen maakt dat de nieuwe regeling niet voldoende benadrukt dat doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde beperkt moet blijven tot uitzonderlijke gevallen.

Ten slotte: de titel van artikel 2.7.6.2.1.1 suggereert dat de bescherming van het verschoningsrecht slechts zou zien op de doorzoeking van het kantoor van een verschoningsgerechtigde. Uit vaste jurisprudentie blijkt echter dat de regels omtrent doorzoeking bij advocaten zich niet beperken tot het 'kantoor' maar ook van toepassing zijn bij de doorzoeking van bijvoorbeeld de woning of het vervoermiddel van de advocaat.<sup>44</sup>

#### ***4.3 Rol deken bij doorzoeking***

Doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde dient te zijn voorzien van specifieke waarborgen. In de jurisprudentie is voor de deken een belangrijke rol aanvaard als waarborg voor het zorgvuldig omgaan met het verschoningsrecht en de bijzondere positie van de advocaat als verschoningsgerechtigde. De rechter heeft meerdere malen de aanwezigheid van de deken bij een doorzoeking en selectie van stukken (mede) ten grondslag gelegd aan zijn beslissing dat een doorzoeking en beslaglegging niet disproportioneel waren.

Klachten over de doorzoeking van een advocatenkantoor en inbreuken op het beroepsgeheim worden door het EHRM getoetst aan artikel 8 EVRM. In *Erdem t. Duitsland* is bijvoorbeeld geoordeeld dat niet alleen een inperking van het beroepsgeheim zelf, maar ook de waarborgen tegen misbruik voldoende toegankelijk en voorzienbaar moeten zijn. Deze waarborgen moeten bij voorkeur zijn opgetekend in de wet en daarin zo precies mogelijk zijn omschreven.<sup>45</sup> Als een van die waarborgen is in de jurisprudentie van het EHRM de aanwezigheid van een

onafhankelijke vertegenwoordiger van de beroepsgroep bij een doorzoeking bij de advocaat als belangrijke waarborg erkend.<sup>46</sup> In de toelichting bij artikel 2.7.6.2.1.1 ontbreekt een verwijzing naar deze, voor de bescherming van het beroepsgeheim van advocaten, relevante jurisprudentie.

Sinds 1 oktober 2018 is wettelijk geregeld dat de R-C zich bij de beoordeling van de aannemelijkheid van het beroep van de verschoningsgerechtigde op zijn geheimhoudingsplicht kan laten voorlichten door een vertegenwoordiger van de beroepsgroep waartoe de verschoningsgerechtigde behoort.<sup>47</sup>

Ook het voorgestelde artikel 2.7.6.2.2.3 (lid 4) gaat uit van de adviserende rol van de deken bij de beslissing van de R-C tot kennisneming van stukken. Het is aan te bevelen om de deken niet alleen een adviserende rol toe te kennen bij de selectie en kennisneming van stukken maar in aanvulling hierop ook in artikel 2.7.6.2.1.1 op te nemen dat de deken aanwezig is bij de doorzoeking bij een advocaat. De deken kan dan toezicht houden op de 'gerichtheid' van het onderzoek en op de filtering van gegevens en kan het standpunt van de advocaat – dat in beginsel moet worden gerespecteerd – beoordelen. Het (maatschappelijk) belang van het verschoningsrecht rechtvaardigt zijn standaardaanwezigheid bij een doorzoeking.

#### *4.4 Corpora et instrumenta delicti*

In artikel 2.7.6.2.2.2 worden corpora et instrumenta delicti genoemd als uitzondering op het verbod op kennisneming van informatie 'waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt'. Strikt genomen is het onzuiver om hier te spreken van een uitzondering aangezien in de jurisprudentie is uitgemaakt dat corpora et instrumenta delicti geen object zijn van de aan de advocaat toekomende bevoegdheid tot verschoning.<sup>48</sup>

Als voorbeelden van 'corpora et instrumenta delicti' wordt in de toelichting verwezen naar: (a) het originele vervalste geschrift, (b) e-mailberichten of notulen die betrekking hebben op overleg over of het uitdenken van strafbare gedragingen. De b-categorie was aan de orde in een door de Hoge Raad in een uitspraak van 26 januari 2016 gehonoreerde (in mijn ogen) extensieve interpretatie van de rechtbank van het begrip 'instrumenta delicti'.<sup>49</sup> In deze zaak ging het om een verdenking van het (mede)plegen van een intellectueel delict (het uitdenken van complexe financiële en belastingtechnische constructies waarmee de fiscus werd benadeeld) dat zich gedurende een aantal jaren en in onderlinge samenwerking had voltrokken. De aard en complexiteit van de verdenking in deze zaak speelde dus een belangrijke rol. Of de b-categoriestukken als 'instrumenta delicti' kunnen worden aangemerkt is echter vatbaar voor discussie.<sup>50</sup> Een te ruime uitleg van het begrip 'instrumenta delicti' kan worden opgevat als een beperking van de reikwijdte van het verschoningsrecht.<sup>51</sup> Dit staat op gespannen voet met het uitgangspunt dat

bepalingen op het beroepsgeheim en het verschoningsrecht strikt moeten zijn ingekaderd en leidt tot een onwenselijke rechtsonzekerheid. Het is aan te bevelen deze nuancerings van het begrip ‘instrumenta delicti’ in de toelichting op te nemen.

#### 4.5 Zeer uitzonderlijke omstandigheden

Nieuw ten opzichte van het huidige wetboek is dat de mogelijkheid tot ‘doorbreking’ van het verschoningsrecht die is erkend in de rechtspraak van de Hoge Raad is gecodificeerd.<sup>52</sup>

Het beroepsgeheim en het verschoningsrecht van de advocaat (en andere verschoningsgerechtigden) zijn niet absoluut. Sinds de *Notaris Maas*-beschikking is aanvaard dat zich ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ kunnen voordoen, waarin het belang van gegarandeerde vertrouwelijke communicatie met bepaalde vertrouwenspersonen niet langer prevaleert boven het belang van de waarheidsvinding. Inmiddels is in een aantal uitspraken de aanwezigheid van zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen.

In het conceptwetsvoorstel Boek 1 is omtrent de doorbreking van het verschoningsrecht niets geregeld. In de concept-MvT Boek 1 bij artikel 1.6.2.2.2 wordt voor de codificatie van de jurisprudentie ten aanzien van de zeer uitzonderlijke omstandigheden verwezen naar het conceptwetsvoorstel Boek 2, hoofdstuk 7.<sup>53</sup> In het conceptwetsvoorstel Boek 2 is ter vervanging van artikel 98 Sv (eerste en vijfde lid en gedeeltelijk nieuw) artikel 2.7.6.2.2.2 opgenomen, dat voor zover relevant, als volgt luidt:

‘Behoudens artikel 2.7.6.2.2.3, vijfde lid, kan van gegevens of aan voorwerpen te ontleen informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis worden genomen, tenzij:

(...) c. zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van de waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang, bedoeld in artikel 1.6.2.2.2.’

Het had mijns inziens niet misstaan om ook in Boek 1 aandacht te besteden aan de doorbreking van het verschoningsrecht als uitzondering op de hoofdregel, op de plaats waar ook de hoofdregel in de wet is verankerd: artikel 1.6.2.2.2. In de concept-MvT Boek 1 wordt erop gewezen dat de bepalingen omtrent het verschoningsrecht niet alleen relevant zijn voor het verhoor van de getuige, maar ook doorwerken in verschillende andere regelingen, zoals de regeling omtrent inbeslagneming en doorzoeking, hetgeen volgens de concept-MvT Boek 1 pleit voor plaatsing in Boek 1.<sup>54</sup> Nu in de concept-MvT Boek 1 bovendien expliciet wordt ingegaan op de grondslag van het verschoningsrecht en de in de *Notaris Maas*-beschikking verwoorde belangenafweging, past het ook om op deze plaats in te gaan

op de aanvaarding van de Hoge Raad in de *Notaris Maas*-beschikking dat deze belangenafweging in *zeer uitzonderlijke gevallen* anders kan uitpakken.

De wijze waarop in het conceptwetsvoorstel Boek 2 wordt voorzien in de (toelichting op de) codificatie van het concept van de zeer uitzonderlijke omstandigheden zou op een aantal punten kunnen worden aangepast om het professionele verschoningsrecht beter te waarborgen.

In de eerste plaats zou in de toelichting meer aandacht kunnen worden besteed aan de voor dit onderwerp ook relevante jurisprudentie van het EHRM in het kader van artikel 6 en artikel 8 EVRM. Hieruit volgt dat het beroepsgeheim van advocaten slechts mag worden beperkt in bijzondere omstandigheden.<sup>55</sup> Daarbij kan met name worden gedacht aan het feit dat de advocaat zelf wordt verdacht van strafbare feiten of aan de strijd tegen bepaalde maatschappelijk ongewenste praktijken, zoals de strijd tegen witwassen en financieren van terrorisme.<sup>56</sup> De rechtsgrond voor een dergelijke beperking moet voorzienbaar en toegankelijk zijn en moet bovendien strikt worden ingekaderd.<sup>57</sup> Het verdient dan ook aanbeveling om zo duidelijk mogelijk, bij voorkeur in de wet zelf, op te nemen wanneer sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden als gevolg waarvan het verschoningsrecht moet wijken voor de waarheidsvinding.<sup>58</sup> Voor rechtzoekenden en hun advocaten is het op grond van artikel 2.7.6.2.2 en de toelichting niet voldoende voorzienbaar welke factoren bij het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden de doorslag zullen geven.

In de tweede plaats wordt in het wetsvoorstel en de toelichting onvoldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat de aanmerking van omstandigheden als 'zeer uitzonderlijk' niet voor alle verschoningsgerechtigde relaties gelijk hoeft te zijn. In de concept-MvT Boek 2 wordt gewezen op een aantal factoren dat in de jurisprudentie een rol heeft gespeeld bij de beoordeling of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden.<sup>59</sup>

Als het gaat om het verschoningsrecht van de advocaat (en ook notarissen) zijn in de jurisprudentie tot nu toe dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden slechts aangenomen in situaties waarin de advocaat (of notaris) werd verdacht van het (mede)plegen van een als 'ernstig' gekwalificeerd strafbaar feit, bijvoorbeeld bij het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een advocaat met zijn cliënten.<sup>60</sup> De achterliggende gedachte is dat het verschoningsrecht voor een dergelijke situatie niet is bedoeld zodat het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt dan geen bescherming verdient. Uit recente uitspraken, waarin het ging om het verschoningsrecht van een advocaat (of een notaris) volgt dat voor het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden met name doorslaggevend wordt 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

beroepsuitoefening wordt aangetast.<sup>61</sup>

Ten aanzien van andere verschoningsgerechtigden, bijvoorbeeld artsen, zijn ook zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen terwijl geen sprake was van verdenking van een strafbaar feit van de verschoningsgerechtigde.<sup>62</sup> Hier speelden ook andere factoren een rol, zoals: of er sprake is van (zeer) ernstige strafbare feiten (niet per se gepleegd door de verschoningsgerechtigde); of het gaat om een serieus vermoeden van onzorgvuldig medisch handelen (met fatale gevolgen voor de patiënt) waarbij de patiënt erop moet kunnen rekenen dat een objectief en zo volledig mogelijk onderzoek wordt ingesteld naar de strafbare feiten; of de belanghebbende toestemming heeft gegeven voor de verstrekking van gegevens; of het gaat om voor het onderzoek cruciale informatie; en of de stukken niet op een andere, minder ingrijpende, wijze kunnen worden verkregen. Daarnaast speelt de afweging van deze factoren tegen de achtergrond van de uit artikel 2 EVRM (waarborging van het recht op leven) voortvloeiende verplichting van de Staat tot het doen van een effectief en onafhankelijk onderzoek.<sup>63</sup>

In de toelichting wordt dit onderscheid in factoren die meewegen bij het aanmerken van 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' voor de verschillende verschoningsgerechtigden niet voldoende gemaakt, terwijl de jurisprudentie daar wel voldoende aanknopingspunten voor biedt.

In de derde plaats zou uit de toelichting duidelijker naar voren moeten komen dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld de verdenking van de advocaat) reeds voorafgaand aan de doorzoeking en inbeslagname sprake moet zijn. Het oordeel of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden behoort niet te steunen op stukken die juist onder het verschoningsrecht vallen. In een uitspraak van 1 juli 2014 overwoog de Hoge Raad dat bij de beoordeling van de vraag óf zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen kennisneming van de stukken doorgaans niet vereist zal zijn, omdat het daarbij gaat om beoordeling van omstandigheden die zich voordoen ongeacht de inhoud van de stukken.<sup>64</sup> Volgens A-G Knigge moet de verdenking dat een verschoningsgerechtigde zich heeft schuldig gemaakt aan ernstige strafbare feiten vooraf bestaan, een *fishing* expeditie om te zien of de verschoningsgerechtigde zich daaraan heeft schuldig gemaakt is uit den boze.<sup>65</sup> Aan de vaststelling van zeer uitzonderlijke omstandigheden worden door de Hoge Raad zware motiveringseisen gesteld.<sup>66</sup>

Uit de toelichting op artikel 2.7.6.2.2.2 blijkt dat de R-C kan oordelen dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die maken dat het belang van de waarheidsvinding 'in een individueel geval' zwaarder weegt dan het belang van een vrije en vertrouwelijke communicatie met een verschoningsgerechtigde.<sup>67</sup> Ook uit de jurisprudentie – met name gewezen in het kader van het toepassen van dwangmiddelen tegen advocaten – komt thans naar voren dat de rechter wel

afwegingen maakt aan de hand van de omstandigheden van het geval. Zo kan de aard en verdenking van het strafbare feit voor het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden variëren en worden ook andere factoren meegewogen, zoals het bestaan van een zwaarwegend onderzoeksbelang jegens de medeverdachten.<sup>68</sup> De beantwoording van de vraag of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden zou niet afhankelijk moeten zijn van een afweging van de met het concrete geval gemoeide belangen *achteraf*. Het verschoningsrecht dient immers niet zozeer het individuele belang van de cliënt, maar in de eerste plaats een algemeen maatschappelijk belang. Het doel van het verschoningsrecht is immers om cliënten en andere belanghebbenden de *zekerheid* te geven dat zij vrijelijk met de door hun ingeschakelde beroepsbeoefenaar kunnen spreken.<sup>69</sup> Van de principiële keuze van de Hoge Raad, waarbij ten aanzien van bepaalde vertrouwenspersonen – onder wie de advocaat – het belang van vertrouwelijkheid dient te prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding, kan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden afgeweken.<sup>70</sup> De verdenking op grond waarvan sprake zou zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden moet vooraf bestaan en dergelijke omstandigheden moeten voor eenieder voorzienbaar zijn. Een beslissing van de R-C dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die berust op een met het concrete geval gemoeide belangenafweging *achteraf* (dus na kennisneming en beoordeling van de stukken) is mijns inziens in strijd met het algemene rechtsbeginsel zoals dat is aanvaard in de *Notaris Maas*-beschikking en doet afbreuk aan de voor de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt vereiste rechtszekerheid. Dit zou in de toelichting duidelijker naar voren moeten komen. Bovendien zou hierin kunnen worden aangegeven dat kennisneming van stukken door de R-C in een dergelijk geval vooral gericht is op de vraag welke stukken van belang zijn voor de waarheidsvinding en op de uiteindelijke beantwoording van de vraag of en – mede gelet op de bescherming van de belangen van andere cliënten – in hoeverre een doorbreking van het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.<sup>71</sup>

Ten slotte: in de formulering van het wetsvoorstel ontbreekt een essentiële clausulering, te weten dat bij doorbreking van het verschoningsrecht kennisneming van voorwerpen en gegevens niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is voor het aan het licht brengen van de waarheid.<sup>72</sup>

## 5 Kennisnemen van verschoningsgerechtigde informatie

### 5.1 Rol rechter-commissaris

In de nieuwe paragraaf 7.6.2.2 is voor de R-C een cruciale rol weggelegd in de beslissing omtrent het kennisnemen van gegevens of aan voorwerpen te ontlenen informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt.

In de toelichting bij artikel 2.7.6.2.2.3 lid 1 wordt terecht opgemerkt dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde het uitgangspunt vormt in de procedure omtrent de doorzoeking en inbeslagneming en dat het advies van een vertegenwoordiger van de beroepsgroep daarbij een belangrijke rol kan spelen. Tevens wordt gesteld dat het uiteindelijk de R-C is die 'op eigen kompas' beslist of tot kennisneming van stukken kan worden overgegaan. De R-C zou, mede op grond van zijn kennis van de inhoud van het strafdossier, het beste zijn toegerust om die beslissing te nemen. In deze toelichting komt onvoldoende naar voren dat met het verschoningsrecht niet uitsluitend individuele belangen zijn gediend, maar dat hiermee met name een maatschappelijk belang wordt gediend (in geval van advocaten: het belang van de onbelemmerde rechtshulp). Dat betekent dat de afwegingen die dienen te worden gemaakt mede 'dossieroverstijgend' zijn. Dit geldt met name voor de beoordeling van de vraag of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die maken dat het verschoningsrecht moet wijken voor de waarheidsvinding. Dit zijn afwegingen die een R-C bij zijn beoordeling uitdrukkelijk behoort te betrekken.

Indien het gaat om de beoordeling van grote hoeveelheden stukken, bijvoorbeeld (kopieën van) grote computerbestanden, is het aannemelijk dat de R-C bij zijn onderzoek hulp nodig heeft van derden. Volgens de Hoge Raad moet de R-C er in een dergelijk geval voor zorgen dat 'het onderzoek wordt verricht door zodanige functionaris en op zodanige wijze dat is gewaarborgd dat het verschoningsrecht niet in het gedrang komt'.<sup>73</sup> De voorgestelde bepaling in artikel 2.7.6.2.2.3 lid 2, op grond waarvan de R-C zich ten behoeve van zijn beslissing alleen kan laten bijstaan door medewerkers van zijn kabinet die daartoe door hem zijn aangewezen, is een oplossing die recht doet aan de bescherming van het verschoningsrecht en in lijn is met hetgeen ter waarborging van het verschoningsrecht uit de jurisprudentie naar voren komt. In ieder geval moet worden voorkomen dat kennisneming van de inhoud van stukken of gegevens kan plaatsvinden door functionarissen die geen onafhankelijkheid kunnen garanderen, zoals opsporingsambtenaren of de officier van justitie. In geval van kennisneming van stukken of gegevens bij een verschoningsgerechtigde is de selectie van stukken extra delicaat, omdat het ook gaat om de vertrouwelijkheid van gegevens van andere (niet bij de doorzoeking betrokken) cliënten.

In de zaak die ten grondslag lag aan de uitspraak van de Hoge Raad van 22 december 2015 had de R-C zich bij zijn onderzoek laten bijstaan door een medewerker geheimhouding van de FIOD en de geheimhoudingsofficier van justitie van het Functioneel Parket, die stukken hadden onderzocht, beoordeeld en geïnventariseerd.<sup>74</sup> In zijn conclusie bij deze uitspraak merkte A-G Knigge op dat de door de R-C gevolgde procedure geen schoonheidsprijs verdiende. Volgens hem is er in ons strafproces geen plaats voor 'geheimhouder officieren van justitie en



geheimhouder medewerkers van de FIOD'. Bij dergelijke functionarissen ontbreekt immers de garantie van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die ligt besloten in de rechterlijke hoedanigheid van de R-C.<sup>75</sup> In de uitspraak van het EHRM in de zaak *Sanoma t. Nederland* overwoog het EHRM (in de context van het journalistieke brongeheim) dat de officier van justitie in Nederland 'nauwelijks kan worden aangemerkt als objectief en onpartijdig'.<sup>76</sup> Dit argument lag mede ten grondslag aan de schrapping van de mogelijkheid tot het doen van een spoedzoeking door (hulp)officieren van justitie bij een verschoningsgerechtigde met het oog op inbeslagneming van stukken op grond van artikel 97 lid 1 Sv: dit is met ingang van 1 oktober 2018 niet meer mogelijk.<sup>77</sup>

De in artikel 2.7.6.2.2.3 lid 2 gekozen oplossing is ook in lijn met de jurisprudentie van het EHRM, waarin wordt benadrukt dat als het gaat om doorzoeking van (grote hoeveelheden) elektronische bestanden ter bescherming van het beroepsgeheim specifieke waarborgen moeten gelden.<sup>78</sup>

### *5.2 Kennisnemen van stukken: standpunt verschoningsgerechtigde als uitgangspunt*

Het in de jurisprudentie aanvaarde uitgangspunt is dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde ten aanzien van de vraag of bepaalde informatie onder zijn verschoningsrecht valt, leidend is. Dit standpunt dient door politie en justitie te worden geëerbiedigd, tenzij er redelijkerwijze niet over kan worden getwijfeld dat dit standpunt onjuist is.<sup>79</sup>

Dit uitgangspunt, dat in elke uitspraak waarin het verschoningsrecht aan de orde is wordt herhaald, ontbreekt ten onrechte in de wetstekst en wordt bovendien, in strijd met de jurisprudentie, afgezwakt door het gebruik van de woorden 'zo mogelijk' in artikel 2.7.6.2.2.3 lid 3. De verschoningsgerechtigde moet dan ook altijd in staat worden gesteld zijn standpunt kenbaar te maken.<sup>80</sup> Dit onderdeel van de procedure dient onderdeel te zijn van en ten grondslag te liggen aan de beslissing van de R-C ten aanzien van de kennisneming van stukken en dient in de wet zelf te worden opgenomen. Bovendien dient de R-C in zijn beslissing te motiveren waarom hij van oordeel is dat het standpunt van de verschoningsgerechtigde kennelijk onjuist is en hij daarvan wil afwijken.

Ook in de toelichting wordt dit uitgangspunt onvoldoende onderstreept. Ten onrechte wordt daar aangegeven dat wanneer de verschoningsgerechtigde zich beroept op zijn verschoningsrecht de R-C hem kan vragen om een nadere onderbouwing.<sup>81</sup> Hiermee wordt miskend dat dat alleen aangewezen lijkt, indien het standpunt van de verschoningsgerechtigde kennelijk onjuist is. Voorkomen moet immers worden dat de verschoningsgerechtigde gedwongen kan worden tot openbaarmaking van informatie die niet te rijmen is met de aard van het verschoningsrecht en dit recht illusoir zou worden.

## 6 Inbeslagneming bij anderen

Artikel 2.7.6.2.3.1 geeft een nieuwe regeling voor de situatie dat bij ‘derden’, bijvoorbeeld de (verdachte) cliënt van de advocaat, in het kader van inbeslagneming van stukken of gegevens wordt gestuit op verschoningsgerechtigde informatie. Ter plekke komen opsporingsambtenaren dan vaak voor de eerste keer in contact met mogelijk verschoningsgerechtigd materiaal. Het is van belang dat vanaf de aanvangsfase zorgvuldig met verschoningsgerechtigde informatie wordt omgegaan zonder dat opsporingsambtenaren kennisnemen van de inhoud van die informatie. Ook dan blijft immers het uitgangspunt gelden dat indien de advocaat stelt dat de bij zijn cliënt of derde aangetroffen stukken onder het verschoningsrecht vallen, dit standpunt door politie en justitie moet worden geëerbiedigd (en er dus door hen geen kennis kan worden genomen van deze stukken), tenzij dit standpunt evident onjuist is.<sup>82</sup>

In de voorgestelde bepaling is in grote lijnen de uit de jurisprudentie voortvloeiende regel neergelegd. Een positief punt is ook dat is voorzien in de adviserende rol van de deken voordat de R-C zijn beslissing tot kennisneming van stukken neemt. Het is in ieder geval van belang dat de verschoningsgerechtigde en de deken zo snel mogelijk bij de selectie van stukken worden betrokken.

## 7 Rechtsmiddelen

In het conceptwetsvoorstel Boek 6 is in titel 4.2 over ‘beklag tegen inbeslagneming’ een aantal aanvullende bepalingen opgenomen met betrekking tot de wijziging van het beklag/beroep bij verschoningsgerechtigden.

Op grond van artikel 2.7.6.2.4.2 kan de verschoningsgerechtigde beroep instellen tegen de beslissing van de R-C over de kennisneming van gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt. Titel 4.2 van Boek 6 geeft een regeling voor beklag tegen inbeslagneming van voorwerpen. Beklag tegen de beslissingen die zien op gegevens, waaronder de inbeslagneming, de kennisneming en het gebruik van de gegevens, staat in dit voorstel niet meer open.

Dat houdt in dat als het gaat om inbeslagneming van gegevens bij een andere persoon dan de verschoningsgerechtigde, zoals bijvoorbeeld wanneer bij de cliënt een computer in beslag wordt genomen voor nader onderzoek, deze laatste geen zelfstandig recht meer heeft om te klagen tegen de *kennisneming en het gebruik* door opsporingsautoriteiten van verschoningsgerechtigde communicatie.<sup>83</sup>

Dit zelfstandig ‘beklagrecht’ van de cliënt is – naast de mogelijkheid van beroep door de verschoningsgerechtigde zelf – belangrijk als extra waarborg om te voorkomen dat verschoningsgerechtigde gegevens deel uit gaan maken van het dossier in de hoofdzaak en zo ter kennis van derden kunnen komen. Met name is dit

beklagrecht van belang, indien de officier van justitie zich in geval van beslag bij de cliënt niet aan de procedure van artikel 2.7.6.2.3.1 zou houden (en verzuimt de R-C in te schakelen). Het EHRM heeft bovendien benadrukt dat ‘*legal privilege*’ zowel het algemeen belang dient als het individuele belang van de cliënt en dat de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat ook moet worden gezien als uitvloeisel van het recht van de cliënt om niet mee te werken aan zijn eigen veroordeling.<sup>84</sup> Het is dus onwenselijk dat de cliënt in geval van beslag niet zelfstandig kan klagen met een beroep op het verschoningsrecht. Ook is het voorstelbaar dat de verschoningsgerechtigde er via zijn cliënt achter komt dat mogelijk verschoningsgerechtigde stukken in beslag zijn genomen, terwijl het Openbaar Ministerie heeft verzuimd de R-C in te schakelen. In een dergelijk geval zou de verschoningsgerechtigde zelf actie moeten kunnen ondernemen. Uit het wetsvoorstel blijkt nog onvoldoende dat dit mogelijk is.

Tot slot: in artikel 2.7.6.2.4.2 lid 1 is geregeld dat het beroep tegen de beslissing van de R-C wordt ingesteld bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd of zal worden vervolgd. Het is te overwegen om deze beslissing over te laten aan rechters die niet inhoudelijk bij de zaak betrokken zijn.<sup>85</sup> In de zaak *Erdem t. Duitsland* merkte het EHRM de omstandigheid dat correspondentie was gelezen door een rechter die niet betrokken was bij de procedures en die verplicht was de informatie geheim te houden aan als een belangrijke waarborg van *legal privilege*.<sup>86</sup>

## 8 Conclusie

Het verschoningsrecht is een zeer belangrijk recht dat in een rechtsstaat in beginsel prevaleert boven de waarheidsvinding. In de voorstellen die in het kader van de modernisering van het Wetboek van Strafvordering zijn gedaan, wordt het belang van het verschoningsrecht onderschreven. In de voorgestelde bepalingen en de toelichting wordt voortgebouwd op de grondslag van het verschoningsrecht. De uitgebreide toelichting – zowel in Boek 1 in als in Boek 2 – zie ik als grote winst en deze draagt voor een belangrijk deel bij aan de door de wetgever aangekondigde en door de praktijk gewenste inzichtelijkheid van de regels. De nieuwe regeling omtrent verschoningsplichten en de nieuwe bepaling inzake de inbeslagneming bij ‘anderen’ bieden een waardevolle aanvulling op het wettelijk kader. Bovendien wordt in de voorgestelde regeling omtrent het kennisnemen van stukken bevorderd dat kennisneming van de inhoud van verschoningsgerechtigde informatie slechts kan plaatsvinden door functionarissen die de noodzakelijke onafhankelijkheid kunnen garanderen.

Niettemin heb ik een aantal punten aangestipt waaruit naar mijn mening naar voren komt dat recente ontwikkelingen in de jurisprudentie en de rechtspraak in de wetsvoorstellen nog niet voldoende tot hun recht komen en dat het verschoningsrecht op een aantal punten nog beter gewaarborgd zou kunnen

worden.

Met name de tekst van artikel 1.6.2.2.2 en de bijbehorende toelichting bieden niet de aangekondigde verheldering ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht. Daarin zou duidelijker naar voren moeten komen dat niet zozeer de werkzaamheden van de advocaat (of andere verschoningsgerechtigde) zelf, maar het doel van de werkzaamheden en de context waarin deze worden uitgevoerd doorslaggevend zijn. Ook werkzaamheden door een advocaat die voorheen niet gebruikelijk waren, kunnen naar mijn mening onder de reikwijdte van het verschoningsrecht vallen, zolang een advocaat is benaderd om in een juridische context en met het oog op zijn beroepsspecifieke kennis een rechtzoekende te adviseren en/of bij te staan.

In de procedure voor de doorzoeking en inbeslagneming bij de professioneel verschoningsgerechtigde zou in de wet moeten worden voorzien in de aanwezigheid van de deken bij de doorzoeking. Ook zou hierin duidelijker naar voren moeten komen dat en onder welke voorwaarden een doorzoeking bij een verschoningsgerechtigde ‘gericht’ moet geschieden. Ten aanzien van het kennisnemen van stukken zou de in de rechtspraak aanvaarde eerbiediging van het standpunt van de verschoningsgerechtigde als uitgangspunt in de wet moeten worden opgenomen.

Mijns inziens wordt het verschoningsrecht door de wijze waarop thans in het conceptwetsvoorstel Boek 2 wordt voorzien in de codificatie van het concept van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’, onvoldoende gewaarborgd. Voor rechtzoekenden en hun advocaten is het uit de voorgestelde wetstekst en de toelichting niet voldoende voorzienbaar welke factoren bij het aannemen van zeer uitzonderlijke omstandigheden de doorslag zullen geven. Het verdient aanbeveling om de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ op grond waarvan het verschoningsrecht moet wijken voor de waarheidsvinding in de wet zelf op te nemen en daarbij te bepalen dat bij doorbreking kennisneming van stukken en gegevens niet verder mag gaan dan strikt noodzakelijk is. Deze ‘uitzonderlijke omstandigheden’ kunnen per verschoningsgerechtigde beroepsgroep variëren. Met het oog op de rechtszekerheid zou uit de toelichting bovendien duidelijker naar voren moeten komen dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden (bijvoorbeeld de verdenking van de advocaat van ernstige strafbare feiten) reeds voorafgaand aan de doorzoeking en inbeslagname sprake moet zijn.

Tot slot: ook aan de rechtzoekende cliënt zou – als extra waarborg van het verschoningsrecht – het recht moeten worden toegekend om zelfstandig te klagen tegen de kennisneming en het gebruik door opsporingsautoriteiten van verschoningsgerechtigde communicatie.

## Noten

**1** Ik baseer mij hierbij op de conceptwetsvoorstellen en bijbehorende toelichting zoals deze zijn gepubliceerd op 7 februari 2017 (conceptwetsvoorstel Boek 1 en concept-MvT Boek 1; conceptwetsvoorstel Boek 2 en concept-MvT Boek 2) en op 5 december 2017 (conceptwetsvoorstel Boek 6 en concept-MvT Boek 6).

**2** Zie concept-MvT Boek 1, p. 76, 79 en 129.

**3** Art. 10a lid 1 Advocatenwet.

**4** Zie bijv. *Kamerstukken II* 2009/10, 32382, 3, p. 11.

**5** Zie voor de geheimhoudingsplicht: art. 11a Advocatenwet, nader uitgewerkt in regel 3 Gedragsregels voor advocaten 2018. Zie voor het verschoningsrecht als uitzondering op de getuigplicht: art. 218 Sv (voor strafzaken), art. 165 lid 2 b Rv (voor civiele zaken), art. 8:33 lid 3 Awb (voor bestuurszaken). Zie voor bepalingen ter bescherming van het belang dat door het verschoningsrecht wordt gediend, bijv. art. 98 Sv, art. 53 a lid 1 AWR, art. 5:20 lid 2 Awb en art. 12g lid 1 Instellingswet ACM.

**6** HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, NJ 1986/173.

**7** Dit algemene rechtsbeginsel heeft slechts betrekking op een beperkte groep vertrouwenspersonen: advocaten, notarissen, medici en geestelijken.

**8** Zie bijvoorbeeld: EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, ECLI:NL:XX:1992:AD1800 (*Niemietz t. Duitsland*); EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, NJ 2009/508 (*André t. Frankrijk*); EHRM 6 december 2012, nr. 2013/91, ECLI:NL:XX:2012:BZ0945 (*Michaud t. Frankrijk*).

**9** HvJ EG 18 mei 1982, zaak C-155/79, ECLI:EU:C:1982:157 (*AM&S/Commissie*), par. 18.

**10** Zie bijv. J. Mooijen, 'Beroepsgeheim advocaten en notarissen is doorgeschooten', *Het Financieele Dagblad* 18 mei 2013; V. van der Boon, 'OM: beperk verschoningsrecht advocaat en notaris (interview met V. Leenders)', *Het Financieele Dagblad* 19 juni 2015; Kamervragen 26 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, kenmerk: 2015Z12681; Beantwoording Kamervragen van 13 augustus 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, Ahangsel 3029.

**11** Zie concept-MvT Boek 1, p. 129.

**12** Concept-MvT Boek 1, p. 130.

**13** Een getuige die opzettelijk niet voldoet aan zijn verplichtingen is strafbaar (art. 192 Sr). Een weigerachtige getuige kan worden gegijzeld (art. 221 Sv; art. 173 Rv).

**14** Concept-MvT Boek 1, p. 134.

**15** Zie hierover nader onder par. 3.4. Voorwaarde is wel dat vertrouwelijkheid is beoogd; dat is bijvoorbeeld niet zo als de cliënt informatie verschaft aan de verschoningsgerechtigde met als doel dat deze de informatie aan een ander doorgeeft (HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4533, NJ 2006/480).

**16** Dit kan anders zijn als meteen duidelijk is dat de strekking van een vraag is iets te vernemen waartoe het verschoningsrecht zich niet uitstrekt. *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.6. Zie ook HR 7 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9067, NJ 1986/174, r.o. 3.6. Zie ook concl. Machielse voor HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, NJ 2005/273, onder 5.12 e.v.

**17** *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.5. De HR heeft hiermee de rechtszekerheid over de reikwijdte van het verschoningsrecht willen bevorderen.

**18** Zie J.T.C. Leliveld e.a., *Dit is een advocaat. Rapport van de Commissie 'Wat is een advocaat?' van 13 oktober 2013*, Den Haag: NOvA 2013, p. 8.

**19** Zie NOvA-rapport commissie-Leliveld 2013, p. 10-15.

**20** P.C.E. van Wijmen e.a., *'Een maatschappelijke orde'. Rapport van de Commissie Advocatuur d.d. 24 april 2006*, bijlage bij *Kamerstukken II 2005/06*, 30300 VI, 144, p. 19. Het kabinet onderschreef deze conclusie, zie *Kamerstukken II 2006/07*, 30800-VI, 13, p. 1, 7.

**21** ECLI:NL:HR:2010:BN0526, r.o. 5.3.3; ECLI:NL:HR:2015:3258, r.o. 3.3.

**22** ECLI:NL:TAHVD:2016:78 en (vervolguitspraak) ECLI:NL:TAHVD:2017:62, r.o. 3.4.

**23** Concept-MvT Boek 1, p. 129 e.v.

**24** Een dergelijk onderscheid vindt geen steun in de huidige jurisprudentie, literatuur en maatschappelijke opvattingen.

**25** Zie bijv. F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 198; N.A.M.E.C. Fanoy & F.A.W. Bannier, 'De advocaat', in: F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht. Handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke*, Den Haag:

Sdu Uitgevers 2008, p. 70.

**26** T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek Verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 109; D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: Tjeenk Willink 1959, p. 72.

**27** Concept-MvT Boek 1, p. 132, 133, waar dit nog als volgt nader wordt gespecificeerd: '(...), met het enkele doel om bepaalde informatie buiten het zicht van de opsporing te houden (...)’.

**28** Zie hierover ook de toelichting bij gedragsregel 3 van de Gedragsregels voor advocaten 2018.

**29** Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248; HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258. Zie ook HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

**30** Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248, *JOR* 2015/141, m.nt. S.R. van Breukelen.

**31** N.A.M.E.C. Fanoy, ‘Verschoningsrecht van de advocaat: veilige haven, geen vrijplaats’, *Ars Aequi* 2016-2, p. 91.

**32** Fanoy 2016, p. 92.

**33** Zie bijv. de *Notaris Maas*-beschikking; HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, *NJ* 2002/438, m.nt. Y. Buruma; HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.

**34** Concept-MvT Boek 1, p. 134, 135.

**35** Concept-MvT Boek 1, p. 135.

**36** HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, *NJ* 1986/173, r.o. 3.4. Zie ook HR 18 december 1998, ECLI:NL:HR:ZC2808, *NJ* 2000/341, r.o. 3.5.2.

**37** N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat* (diss. Amsterdam UvA), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2018, p. 219

**38** Zie HR 24 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4666, *NJ* 2006/109.

**39** Concept-MvT Boek 1, p. 136.

**40** Concept-MvT Boek 2, p. 55.

**41** Zie concept-MvT Boek 2, p. 213: de verwijzing naar *corpora et instrumenta delicti* is verplaatst naar art. 2.7.6.2.2.2, dat ziet op het kennismaken van stukken.

**42** Een machtiging tot doorzoeking moet met redenen zijn omkleed en voldoende specifiek zijn ten aanzien van de documenten die worden gezocht. Zie bijv. EHRM 19 september 2002, nr. 62002/00 (*Tamosius t. Engeland*). Zie hierover ook T. Bertens & F. Vellinga-Schootstra, 'Grondslagen en processuele gevolgen van de geheimhoudingsplicht van de arts, advocaat en notaris', in: F. Eggermont e.a., *Preadviezen 2013* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Nederland en België), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 211.

**43** Vaste jurisprudentie sinds HR 20 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0367, *NJ* 1989/213.

**44** HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105; HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:1985:BJ9262; HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0004.

**45** EHRM 5 juli 2001, nr. 38321/97 (*Erdem t. Duitsland*); EHRM 19 september 2002, nr. 62002/00 (*Tamosius t. Engeland*).

**46** Zie bijv: EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01, ECLI:NL:XX:2007:BC2405, *RvdW* 2008, 92 (*Wieser en Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*). Zie hierover ook Bertens & Vellinga-Schootstra 2013, p. 212. Zie ook F. Vellinga-Schootstra, 'Verschoningsrecht onder vuur. Vertrouwen op eer en geweten? Over beslag en doorzoeking bij de verschoningsgerechtigde', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS* 2017-3, p. 105 en 109.

**47** Art. 98 lid 6 Sv.

**48** Zie bijv. HR 20 juni 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0367; HR 22 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0422, *NJ* 1992/315; HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, *NJ* 2002/438; HR 20 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3564, *JOL* 2007, 123.

**49** HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110.

**50** A-G Knigge vond dat de rechtbank een te ruime uitleg gaf aan het begrip *corpora et instrumenta delicti*. Volgens hem ziet het uitdenken van een transactie niet zozeer op het plegen van de strafbare feiten zelf maar op de voorbereiding ervan. In zijn conclusie bij HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:110, *NJ* 2016/378, noemde A-G Harteveld de uitleg van dit begrip in HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110 'niet per se restrictief'.



**51** Zie ook HR 21 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1092, *NJ* 2015/257, m.nt. Vellinga-Schootstra. Zie ook HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:8: de enkele omstandigheid dat een stuk kan bijdragen aan de waarheidsvinding brengt nog niet mee dat dit stuk voorwerp van het strafbare feit uitmaakt.

**52** Zie concept-MvT Boek 2, p. 217: er wordt aansluiting gezocht bij het criterium zoals dat is geformuleerd in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

**53** Concept-MvT Boek 1, p. 129.

**54** Concept-MvT Boek 1, p. 78.

**55** Een inbreuk op de rechten die voortvloeien uit art. 8 EVRM moet bovendien voldoen aan de legaliteitseis, legitimiteitseis en noodzakelijkheidseis.

**56** EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, *NJ* 2009/508, m.nt. T.M. Schalken (*André e.a. t. Frankrijk*); EHRM 1 september 2009, nr. 45827/07, *NJ* 2009/509 (*Jacquier t. Frankrijk*); EHRM 25 maart 1992, nr. 13590/88 (*Campbell t. Engeland*).

**57** J. van de Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 711, 712, 717 e.v. Zie bijv. EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691/79 (*Malone t. Engeland*); EHRM 16 december 1992, nr. 13710/88, *NJ* 1993, 400, m.nt. Dommering (*Niemietz t. Duitsland*); EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, *NJ* 2009, 508, m.nt. T.M. Schalken (*André t. Frankrijk*) en EHRM 13 januari 2009, nr. 19348/04 (*Sorvisto t. Finland*). Ook moet sprake zijn van toereikende waarborgen tegen inbreuken op het beroepsgeheim.

**58** Zie P.A.M. Mevis, 'De bescherming van het verschoningsrecht uit hoofde van beroep, stand of ambt bij de toepassing van dwangmiddelen', *DD* 2006, p. 230. Zie ook Bertens & Vellinga-Schootstra 2013, p. 233.

**59** Concept-MvT Boek 2, p. 57. In de in deze context genoemde uitspraken ging het vooral om het verschoningsrecht in medische kwesties.

**60** Als bijkomende factoren zijn ook genoemd: het feit dat ook sprake was van een zwaarwegend onderzoeksbelang jegens de medeverdachten en het feit dat het niet aannemelijk was dat het onderzoek naar de waarheid op een minder ingrijpende wijze kon plaatsvinden. Zie bijv. HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280, *NJ* 2002/438, m.nt. Y. Buruma; HR 18 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5297; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4418, *NJ* 2005/353; HR 19 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7284, *NJ* 2009/443. Zie echter ook de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 9 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:740, waarin de

rechtbank in een zaak waarin het verschoningsrecht van een niet-verdachte advocaat centraal stond mijns inziens een onjuiste maatstaf hanteerde bij de vaststelling dat in deze zaak sprake was van zeer uitzonderlijke omstandigheden.

**61** Zie bijv. HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1565, *NJ* 2014/475. Zie voor een notaris: HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3314, *NJ* 2013/356.

**62** Zie bijv. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:BP6141, *NJ* 2011/416 (arts nog niet als verdachte aangemerkt); HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:BU6080 (vermoedelijke kindermishandeling, niet door de verschoningsgerechtigde). Vgl. ook HR 10 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:1736, *NJ* 2014/94 (vermoedelijke zedendelicten jegens een minderjarige, niet door de verschoningsgerechtigde).

**63** HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416.

**64** HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, *NJ* 2014/476.

**65** Zie ook concl. A-G Knigge onder 4.14 bij HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, *NJ* 2014, 476. Zie ook EHRM 24 juli 2008, ECLI:NL:XX:2009:BK1702, *NJ* 2009/508.

**66** HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386, *NJ* 2006/622.

**67** Concept-MvT Boek 2, p. 55 en 217 e.v.

**68** Zie bijv. HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT:4418, *NJ* 2005/353; HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5665-ECLI:NL:HR:2007:BA5667.

**69** *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.4.

**70** *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.6.

**71** Zie ook concl. A-G Knigge onder 4.14 en 4.15 bij HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1566, *NJ* 2014/476.

**72** Dit staat wel in de concept-MvT Boek 2 (p. 218), maar het verdient aanbeveling om dit in de wetstekst zelf op te nemen.

**73** HR 2 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1450, *NJ* 2015/490, m.nt. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.6; HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714, *NJ* 2016/140, m.nt. Vellinga-Schootstra, r.o. 3.5.3.

**74** ECLI:NL:HR:2015:3714.

**75** ECLI:NL:PHR:2015:2463, punt 7.8-7.10. Zie voor een eerdere uitspraak waarin kritiek was op de procedure waarin opsporingsambtenaren van de FIOD geheimhouderstukken hadden bekeken voordat ze aan de R-C werden gezonden: HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262 en de conclusie bij deze zaak. Zie hierover nader: Vellinga-Schootstra 2017, p.108.

**76** Zie EHRM 14 september 2010, nr. 38224/03, *NJ* 2011/230, m.nt. E.J. Dommering en T.M. Schalken (*Sanoma t. Nederland*). Zie Vellinga-Schootstra 2017, p. 108.

**77** *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 3, p. 16 en 20. Dit geldt ook voor de spoeddoorzoeking op grond van art. 126c Sv.

**78** Zie EHRM 16 oktober 2007, nr. 74336/01 (*Wieser und Bicos Beteiligungen GmbH t. Oostenrijk*); EHRM 3 juli 2012, nr. 30457/06 (*Robathin t. Oostenrijk*); EHRM 20 oktober 2015, nr. 5201/11 (*Sher e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

**79** Vaste jurisprudentie. Volgens Vellinga-Schootstra (F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagnamen en huiszoeking. De dwangmiddelen ter inbeslagneming* (diss. Groningen), Alphen aan de Rijn: Tjeenk Willink 1982, p. 181) is dit aan de orde als het standpunt ‘duidelijk onwaar’ is of ‘grote twijfel’ bestaat over de juistheid ervan.

**80** Dit geldt ook als het gaat om stukken die worden gevorderd van of in beslag worden genomen bij iemand met een afgeleid verschoningsrecht, zie HR 22 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3714.

**81** Concept-MvT Boek 2, p. 220.

**82** Volledigheidshalve zou de verplichting in lid 1 ook voor de officier van justitie moeten gelden.

**83** Zie bijv. HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ004 waar dat nog wel kon.

**84** Zie EHRM 6 december 2012, nr. 2013/91 (*Michaud t. Frankrijk*); EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03 (*André t. Frankrijk*). Zie ook Bertens & Vellinga-Schootstra 2013, p. 220-221.

**85** Zie in dit verband J.B.M. Vranken, ‘Het professionele (functionele) verschoningsrecht’, in: *Handelingen 1986 der Nederlandse Juristenvereniging*, deel I, tweede stuk, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, p. 124. Noot van Rutgers onder HR 13 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4533, *NJ* 2006/408.

**86** EHRM 5 juli 2001, nr. 38321/97.

Trefwoorden: **geheimhoudingsplicht advocaat, professionele verschoningsrecht, Modernisering Wetboek van Strafvordering, getuigenverhoor, doorzoeking en inbeslagneming**