

Geheimhoudingsplicht op de tocht = advocatuur in gevaar

De voorgestelde wettelijke regeling van de geheimhoudingsplicht is gevaarlijk (en overbodig). Het haalt het hart uit de advocatuur.

Georg van Daal
advocaat te Amsterdam¹

Hét wezenskenmerk van de advocaat is dat zijn cliënten hem dingen kunnen toevertrouwen, zonder dat deze op straat komen te liggen. De advocaat heeft namelijk een geheimhoudingsplicht, waarvan zijn verschoningsrecht een afgeleide is.² Hij kan en moet tegen eenieder zwijgen over wat zijn cliënten hem hebben toevertrouwd. Dat betekent dat ook de overheid in al haar verschijningsvormen, waaronder vanzelfsprekend alle opsporingsdiensten en gerechtelijke instanties, de advocaat niet kan dwingen te verklaren over wat hij beroepshalve weet van en over zijn cliënten. Dit is een algemeen rechtsbeginsel in alle beschaafted jurisdicties. In Nederland is dit rechtsbeginsel zelfs zo algemeen dat het niet in de wet is vastgelegd.³ Op dit algemeen rechtsbeginsel bestaan nauwelijks uitzonderingen, en het besluit of uitzonderingen op zijn geheimhoudingsplicht kunnen worden gemaakt, is het prerogatief van de advocaat zelf, tenzij op het eerste gezicht evident is dat een beroep op de geheimhoudingsplicht onjuist is.⁴ Niet-advocaten kunnen dat namelijk in essentie niet voor de advocaat beslissen.

De wetgever kan zo in elke formele wet opnemen dat advocaten van terrorismeverdachten in bepaalde gevallen geen geheimhoudingsplicht meer hebben

Ageren!

De geheimhoudingsplicht van de advocaat is geen voorrecht dat hij geniet, maar zijn dure plicht. Het is de tegenhanger van het feit dat iedereen het recht moet hebben juridische vertrouwenspersonen te kunnen kiezen tegenover bijvoorbeeld een almachtige overheid. Als diezelfde overheid de geheimhoudingsplicht van de advocaat opeens wettelijk wil gaan regelen, is krachtig wantrouwen dus op zijn plaats. De overheid heeft namelijk in tegenstelling tot de belangen van het algemeen publiek en haar advocaten vooral belang bij inbreuken op de geheimhoudingsplicht.

Helaas is het in Nederland nu zo ver gekomen dat een wetsvoorstel ter consultatie voorligt, waarin de wetgever de geheimhoudingsplicht van de advocatuur op de tocht zet en daarmee het wezenskenmerk van de advocatuur in gevaar brengt. Ik heb het over de tweede Nota van Wijziging inzake de aanpassing van

de Advocatenwet en enige andere wetten, met toelichting.

Dit wetsvoorstel is in de vorm van een consultatiedocument op 15 juli 2011 op internet openbaar gemaakt.⁵ Tot 1 oktober 2011 bestaat de mogelijkheid op het wetsvoorstel te reageren. Ik roep alle advocaten bij dezen op dat met kracht te doen, en om ook later dan die datum verzet tegen het wetsvoorstel te blijven plegen. Op allerlei punten zoals in het wetsvoorstel opgenomen is kritiek mogelijk. Ik richt mij bij dezen tegen het wettelijk vastleggen van de geheimhoudingsplicht van de advocaat; zonder die vastlegging zijn overigens ook andere belangrijke wijzigingen die het wetsvoorstel beoogt onmogelijk.

Krachtens!

Het wetsvoorstel introduceert een artikel in de Advocatenwet: 'Voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, is de advocaat ten aanzien van al hetgeen hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht' (art. 11a lid 1 eerste volzin wetsvoorstel). Met de frase 'voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald,' is het hek van de dam. Met deze bepaling wil de overheid zichzelf de vrijheid geven om niet alleen bij formele wet⁶ allerlei uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht op te nemen, maar creëert hij ook de mogelijkheid om via een wettelijke basis het formuleren van uitzonderingen over te laten aan bij-

¹ Advocaat te Amsterdam bij VMW Taxand N.V.

² Getuige art. 165 lid 2 onder b. Rv, dat het verschoningsrecht voor getuigen in civiele procedures afhankelijk maakt van hun geheimhoudingsplicht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking.

³ Vaste jurisprudentie sinds HR 22 juni 1984, NJ 1985, m.nt. W.H. Heemskerk, recent uitgebreid herhaald en geciteerd in Rb. Amsterdam 27 juni 2011, LJN: BR5020.

⁴ HR 12 februari 2002, NJ 2002, 440, rov. 3.4.

⁵ Zie www.internetconsultatie.nl. De Kamerstukken zoals eerder gepubliceerd rond de beoogde wijziging van de Advocatenwet zijn te vinden onder nummer 32 382.

⁶ Nota bene: met 'de wet' wordt iedere formele wet bedoeld, niet alleen de Advocatenwet.

voorbeeld een minister. En ministers ple- gen nogal eens met de politieke waan van de dag mee te waaien. Het nieuwe art. 11a Advocatenwet is dus niet alleen over- bodig, nu het principe van de geheim- houdingsplicht reeds lang algemeen is erkend, maar zelfs gevaarlijk. Dat laatste erkent de wetgever dan ook, door in de toelichting bij het voorgestelde art. 11a Advocatenwet te stellen dat daar waar de geheimhoudingsplicht ontbreekt, het recht op een eerlijk en onafhankelijk proces (art. 6 EVRM) onder druk komt te staan. En dat is, laten we wel wezen, nog- al een understatement. Zonder geheim- houdingsplicht is behoorlijke rechtsbij- stand namelijk illusoir.

Begerige vingers

In het wetsvoorstel worden alvast enige uitzonderingen gemaakt op de geheim- houdingsplicht van de advocaat, die vooral van 'intern-organisatorische' aard zijn.⁷ Tuchtrechtelijk stond gro- tendeels al vast dat de advocaat naar zijn deken geen beroep op geheimhou- dingsplicht toekomt, terwijl voor bij- voorbeeld kwaliteitstoetsen opheffing van de geheimhoudingsplicht helemaal niet nodig is. Deze wijzigingen zijn dus overbodig. In de toelichting doet de wetgever het voorkomen dat de uitzon- deringen hiertoe beperkt zullen blijven. Niets verhindert hem echter om later in een formele wet bijvoorbeeld op te ne- men dat de advocaten van verdachten van bepaalde vormen van terroristische misdrijven voor bepaalde kwesties – ve- ligheidsbelangen die door de minister zijn te duiden – géén geheimhoudings- plicht meer heeft. Ook de kafkaësk bege- rige vingers van het Bureau Financieel

Toezicht strekken zich al een paar jaren uit naar de advocatuur en haar vermale- dijde geheimhoudingsplicht,⁸ aan welk verlangen het gemakkelijk toegeven wordt, als art. 11a Advocatenwet werke- lijkheid wordt.

Gegeven het niveau van onze kabinet- ten en volksvertegenwoordigers, ben ik ervan overtuigd dat we hen de wortel van het voorgestelde art. 11a Advocaten- wet níét voor de neus moeten hangen. Zij zullen namelijk niet kunnen nalaten steeds nieuwe uitzonderingen op de ad- vocatuurlijke geheimhoudingsplicht na te jagen.

Manke redeneringen

De wetgever snapt het belang van dit al- les ook allemaal wel, getuige een cruci- ale passage in de toelichting op het wets- voorstel: 'Het verschoningsrecht volgt de geheimhoudingsplicht. Dit betekent dat telkens wanneer een uitzondering wordt gemaakt op de geheimhoudingsplicht, tevens de grond voor het verschonings- recht komt te vervallen. Ook betekent dit dat telkens wanneer de geheimhou- dingsplicht als het ware overgaat op een ander dat de oorspronkelijke geheim- houder bij wijze van afgeleide geheim- houdingsplicht, daar ook het verscho- ningsrecht aan is gebonden.'

Degene voor wie de geheimhou- dingsplicht is opzijgezet zou wegens doelbinding een afgeleide geheimhou- dingsplicht hebben, met een daaraan verbonden verschoningsrecht. In de veel te korte toelichting wordt zonder enige onderbouwing gesteld dat alle uitzon- deringen op de geheimhoudingsplicht een dergelijke doelbinding meebrengen. Die redenering gaat om twee redenen mank.

De eerste is dat volgens vaste jurispru- dentie de afgeleide geheimhoudings- plicht met verschoningsrecht slechts toe- komt aan werknemers in dienst van de geheimhouder en aan door de geheim- houder ingeschakelde deskundigen.⁹ Dat zijn dus nadrukkelijk níét degenen die volgens het wetsvoorstel zich niet aan de geheimhoudingsplicht van de door hen tegen het licht gehouden advo- caat hoeven te storen. Hun 'doelbinding' maakt dat niet anders. Zij zijn namelijk géén werknemers van de advocaat en evenmin door hem ingeschakelde der- den. Integendeel zelfs.

De tweede reden is dat, zoals de wet- gever zelf ook schrijft, wanneer een uitzondering wordt gemaakt op de ge- heimhoudingsplicht, tevens de grond voor het verschoningsrecht komt te ver- vallen. Iedere keer dus at de wetgever een uitzondering maakt op de geheim- houdingsplicht, is die plicht mét het verschoningsrecht geheel teniet gedaan. Dan is er dus geen sprake van enige af- geleide geheimhoudingsplicht met ver- schoningsrecht. Van iets wat niet bestaat kun je namelijk niets afleiden.

Hart uit advocatuur

Het wetsvoorstel moet weg. De wetge- ver moet geen enkele mogelijkheid krij- gen om bij of krachtens wet de advoca- tuur het verlengstuk van de overheid te maken. Iedere vorm van inbreuk op de thans al scherp vastliggende rechtsregels rond de geheimhoudingsplicht van de advocaat is uit den boze. Wordt die in- breuk wel gepleegd, dan wordt het hart uit het de advocatuur gesneden, omdat de advocatuur dan simpelweg onbe- trouwbaar wordt.

7 Ten behoeve van 'kwaliteitstoetsen' door 'deskun- digen' aangewezen door de algemene raad (art. 26a wetsvoorstel), uitoefening van toezicht door de lokale dekens (art. 45b wetsvoorstel), vooronder- zoek bij tuchtrechtelijk onderzoek (art. 46m wets- voorstel) en onderzoeken naar praktijkuitoefening (art. 60d wetsvoorstel).

8 Zie hiervoor de jaarverslagen 2010 en 2009 van het BFT op www.bureauft.nl. Vooral in het jaarverslag 2009 schuwt het BFT drogredeneringen en kwalijke suggesties ten aanzien van de advocatuur niet.

9 Zie de annotatie van A.C. 't Hart bij HR 29 maart 1994, *NJ* 1994, 552 en voor een nadere uitwerking van dit principe HR 12 februari 2002, *NJ* 2002, 440.