

De reikwijdte van het verschoningsrecht

De Rechtbank Den Haag oordeelde dat een rapport van De Brauw over de derivatenpositie van Vestia niet onder het verschoningsrecht viel. Volgens sommigen staat daarmee het civiele verschoningsrecht van de advocaat op de tocht. Hoe ver reikt het verschoningsrecht eigenlijk?



Jacques Sluysmans en Regien de Graaff¹

Het verschoningsrecht heeft het afgelopen jaar de pennen flink in beweging gebracht. Concrete aanleiding voor de discussie binnen de advocatuur was een tussenuitspraak van de Rechtbank Den Haag van 14 januari 2014.² Inzet van die zaak was een zogeheten ‘governance rapport’. Daarin wordt beschreven het door de advocaten van De Brauw Blackstone Westbroek verrichte onderzoek naar de feitelijke gang van zaken rond de totstandkoming van de derivatenpositie van Vestia. De rechtbank oordeelde dat dit rapport niet viel binnen de reik-

wijdte van het verschoningsrecht van de advocaten die dit rapport hadden opgesteld. De reden hiervoor is volgens de rechtbank ten eerste gelegen in het feit dat het rapport ‘geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies’ bevat. Ten tweede acht de rechtbank het van belang dat in het rapport een voorbehoud is gemaakt door het uitspreken van de verwachting dat Vestia het rapport zou (moeten) delen met de relevante autoriteiten. Ten slotte overweegt de rechtbank dat aan de commissarissen van Vestia al eerder inzage in het rapport was verstrekt.

Deze uitspraak is niet door iedereen omarmd. Zo wijst Van Breukelen er in haar kritische noot bij de uitspraak op dat *al hetgeen* aan de advocaat in zijn hoedanigheid is toevertrouwd, binnen de reikwijdte van het verschoningsrecht

valt.³ Deutz, Korsten en De Vries zien niet in waarom de reikwijdte van het verschoningsrecht ten principale anders zou zijn waar het gaat om een door een advocaat in opdracht van zijn cliënt uitgevoerd feitenonderzoek en de daarop betrekking hebbende rapportage, zo lang deze gerelateerd zijn aan het verlenen van juridisch advies en/of bijstand door deze advocaat.⁴ In het licht van de kritische ontvangst van de uitspraak lijkt het ons nuttig om nog eens beknopt in te gaan op de reikwijdte van

1 Jacques Sluysmans is bijzonder hoogleraar Onteigeningrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit Nijmegen. Regien de Graaff is advocate bij Van der Feltz Advocaten in Den Haag.

2 Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, *JOR* 2015/141 m.nt. S.R. van Breukelen. Zie met name rov. 3.67.

3 Rechtbank Den Haag 14 januari 2015, *JOR* 2015/141 m.nt. S.R. van Breukelen.

4 K.F. Deutz, L.E.J. Korsten & Y. De Vries, ‘Het civiele verschoningsrecht van de advocaat op de tocht?’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2015/35, alsmede het – daarop gebaseerde – artikel ‘Het verschoningsrecht van de advocaat op de tocht?’ van voornoemde auteurs op LinkedIn (te raadplegen op <https://www.linkedin.com/pulse/het-verschoningsrecht-van-de-advocaat-op-tocht-kimberley-deutz>).

het verschoningsrecht. Wij zullen ons daarbij met name buigen over de vraag of – zoals de rechtbank meent – het van belang is of het document ten aanzien waarvan een beroep op een verschoningsrecht wordt gedaan, juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevat.⁵

Inhoud en grondslag van het verschoningsrecht

Zoals bekend heeft iedere advocaat in beginsel een geheimhoudingsplicht.⁶ In het verlengde van de geheimhoudingsplicht ligt het recht van advocaten om wetenschap die hen ‘in die hoedanigheid’ is toevertrouwd, niet te hoeven delen. Dit verschoningsrecht is op een aantal verschillende plekken in de wet verankerd: (onder meer) in artikel 218 Wetboek van Strafvordering (Sv), artikel 165 lid 2 Wetboek van Rechtsvordering (Rv) en – het minder bekende – artikel 24 Wet op de parlementaire enquête 2008 (WPE 2008). Tekstueel zijn deze artikelen sterk vergelijkbaar. Aangenomen wordt ook dat de regels die voortvloeien uit de rechtspraak over het verschoningsrecht in strafzaken in grote lijnen van toepassing zijn op het verschoningsrecht in het civiele recht.⁷

Al sinds het zogenaamde Notaris Maas-arrest uit 1985 is duidelijk dat de grondslag van het functionele verschoningsrecht is gelegen in een ‘algemeen rechtsbeginsel’ dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waar-

Verschoningsrecht is een voorwaarde voor het juist functioneren van de rechtsstaat

heid in rechte aan het licht komt, bij zodanige vertrouwenspersonen moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies van hen moet kunnen wenden.⁸ Het verschoningsrecht van de advocaat staat dus niet ten dienste van een individueel belang, maar betreft – in de woorden van Fanoy en Bannier – een voorwaarde voor het juist functioneren van de rechtsstaat.⁹

De reikwijdte van het verschoningsrecht

Uit de tekst van de hiervoor aangehaalde wettelijke bepalingen volgt al dat het verschoningsrecht aan beperkingen onderhevig is. Het verschoningsrecht geldt immers slechts voor die informatie (i) die aan de advocaat is toevertrouwd (ii) tijdens de normale uitoefening van zijn beroep, althans in zijn specifieke functie. De aard van het verschoningsrecht brengt volgens de Hoge Raad mee dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde persoon.¹⁰ De rechter toetst deze afweging slechts marginaal.

Ten aanzien van het criterium onder (ii) geldt dat het de rechter is die uitmaakt of er werkzaamheden zijn verricht die tot de taak van een bepaalde beroepsgroep horen. De opvatting van de beroepsgroep zelf is dus niet doorslaggevend.¹¹

Ten aanzien van het criterium onder (i) geldt dat de vraag wat moet worden verstaan onder het toevertrouwen van informatie, niet eenvoudig kan worden beantwoord. Uit rechtspraak – waaronder het hiervoor reeds genoemde Notaris Maas-arrest – volgt in elk geval dat alles waarvan de wetenschap aan de geheimhouder is medegedeeld, ook als hem toevertrouwd heeft te gelden. Daarbij mag geen onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke informatie. Deze laatste overweging van de Hoge Raad valt goed te begrijpen indien men voor ogen houdt dat er – zoals Fernhout terecht opmerkt – geen ‘neutrale feiten’ bestaan. Zodra een feit van belang wordt voor de beslechting van een geschil, verliest dit feit immers zijn neutraliteit.¹² Juist daarom ligt het voor de hand om de reikwijdte van het verschoningsrecht niet te laten afhangen van een bepaalde kwalificatie van de betreffende feiten.

Ofschoon de Hoge Raad het in het Notaris Maas-arrest heeft over een ‘mededeling’, kan uit zijn latere rechtspraak worden afgeleid dat een verschoningsrecht ook kan worden toegekend zonder dat sprake is van een mededeling aan de verschoningsgerechtigde.¹³ Zo heeft de Hoge Raad aangenomen dat de geheimhoudingsplicht zich ook kan uitstrekken over het enkele feit dat een bepaalde cliënt is doorverwezen naar

5 Met de hiervoor genoemde schrijvers zijn wij overigens van mening dat ook de tweede en derde door de rechtbank genoemde gronden haar oordeel niet kunnen dragen. Gelet op het casuïstische karakter van deze overwegingen beperken wij ons in deze bijdrage tot een bespreking van de eerste (principiële geformuleerde) grond.

6 Gedragsregels 1992, regel 6; artikel 10a en 11a Advocatenwet. Dit geldt volgens de Hoge Raad evenzeer voor de advocaat in dienstbetrekking, voor zover het Unierechtelijke mededingsrecht althans niet van toepassing is. Zie HR 15 maart 2013, NJ 2013/388 (m.nt. H.B. Krans).

7 N. Fanoy en F. 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. 79–80.

8 HR 1 maart 1985, NJ 1986/173.

9 N. Fanoy en F. Bannier, ‘De advocaat’, in: Bannier e.a. 2008, *supra* noot 6, p. 52.

10 HR 29 maart 1994, NJ 1994/537; HR 24 januari 2006, NJ 2006/109; HR 13 januari 2006, NJ 2006/480.

11 HR 8 december 1995, NJ 1996/708. Zie ook F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss.), Uitgeverij Gianni 2004, p. 199.

12 F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss.), Uitgeverij Gianni 2004, p. 211.

13 HR 18 december 1998, NJ 2000/341. Zie ook M. Tempelaar en N. Fanoy, ‘Beroepsgeheim en verschoningsrecht in het civiele recht’, in: Bannier e.a. 2008, *supra* noot 6, p. 34.

een advocaat.¹⁴ Voorts heeft de Hoge Raad in het zogenaamde Cruquiushoeve-arrest geoordeeld dat het verschoningsrecht van een verpleegkundige zich niet alleen uitstrekt tot feiten die betrekking hebben op de behandeling en de verzorging van de aan zijn zorgen toevertrouwde patiënten, maar ook tot 'feiten die hem in zijn hoedanigheid zijn meegedeeld of waarvan hij in zijn hoedanigheid kennis heeft gekregen, en waarvan de openbaarmaking het vertrouwen zou beschamen dat de patiënten met het oog op zijn hulpverlenende taak in hem moeten kunnen stellen' (cursivering auteurs).¹⁵

Het voorgaande wordt bevestigd in de conclusie van A-G Vellinga voor het arrest van de Hoge Raad van 24 januari 2006. Vellinga merkt daarin op dat het begrip 'toevertrouwd' ruim moet worden opgevat, waaronder ook andere zintuiglijke waarnemingen dan horen of lezen vallen. Ook hetgeen de geheimhouder door eigen onderzoek komt te weten, kan onder zijn verschoningsrecht vallen,¹⁶ alsmede informatie verkregen van een derde.¹⁷

Het beginsel van het verschoningsrecht of het 'legal privilege' is ook door

het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn rechtspraak ontwikkeld.¹⁸ In het bekende Akzo Nobel-arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg zijn aanknopingspunten te vinden voor de bepaling van de reikwijdte van het 'legal privilege'.¹⁹ Zo wordt overwogen dat documenten die door de cliënt zelf worden opgesteld als 'working documents or summaries', in het bijzonder om informatie te verzamelen die nuttig of nodig zal zijn voor de advocaat die wordt geraadpleegd, onder het 'legal privilege' kunnen vallen. Het Gerecht merkt daarbij op dat het voorbereiden van dergelijke documenten in het bijzonder nodig kan zijn in kwesties waarin een grote hoeveelheid complexe informatie een rol speelt. Deze overwegingen bevestigen ons inziens dat het niet zozeer de aard van de gegevens (al dan niet feitelijk of vertrouwelijk) is die van belang is voor het aannemen van een verschoningsrecht, als wel de context waarin die gegevens op papier worden gezet of worden gecommuniceerd. Als dit gebeurt (mede) met het oog op een eventueel daarna uit te brengen advies, achten wij het aannemelijk dat ook een

door de advocaat opgesteld overzicht van de relevante feiten onder de reikwijdte van het verschoningsrecht valt.

Slotsom

Uit het voorgaande blijkt dat voor het aannemen van een verschoningsrecht niet vereist is dat sprake is van juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies. Het is immers vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat het verschoningsrecht zich uitstrekt tot (al) hetgeen de advocaat in zijn hoedanigheid als advocaat is toevertrouwd, waaronder ook valt informatie waarmee de advocaat door eigen onderzoek of inlichtingen van derden bekend is geworden. De Europeesrechtelijke rechtspraak impliceert dat niet zozeer het juridische gehalte van de betreffende gegevens van belang is voor de toepasselijkheid van het verschoningsrecht, maar de (adviserings)context waarin de gegevens worden verzameld en vastgelegd. Wij menen dus dat door advocaten ten behoeve van hun cliënten opgemaakte onderzoeksrapporten – hoe feitelijk ook – eveneens binnen de reikwijdte van het functionele verschoningsrecht vallen. Een andere insteek kan moeilijk worden gerijmd met de ruimhartige benadering van zowel de Hoge Raad als het Hof van Justitie van de Europese Unie. <<

14 HR 25 oktober 1985, NJ 1986/176.

15 HR 23 november 1990, NJ 1991/761.

16 HR 21 april 1913, NJ 1913, p. 958.

17 HR 12 december 1958, NJ 1961/270.

18 HvJ EU 18 mei 1982, zaak nr. 155/79 (AM & S Europe Limited/Commissie).

19 GvEA EG 17 september 2007, nrs. T-125/03, T-253/03 (Akzo Nobel Chemicals Ltd en Akros Chemicals Ltd/Commissie), para. 122.

advertenties

Procederen in Duitsland?

Duitse advocaten, vloeiend tweetalig,
gespecialiseerd in Nederlands-Duitse rechtszaken

Blankestijn Advocaten en Rechtsanwältinnen L.L.P.

Postbus 619, 7550 AP HENGELO

Telefoon 074 - 259 38 67

Fax 074 - 259 38 68

www.blankestijnadvocaten.nl

BLANKESTIJN
ADVOCATEN RECHTSANWÄLTIN L.L.P.



SPANDAW
BEDRIJFSRECHERCHE

Bewezen verklaard

Onafhankelijk onderzoeksbureau
op het gebied van strafrecht en civiel recht

tel. 0594 519 633

www.spandawbedrijfsrecherche.nl