



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat

Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief

Fanoy, N.A.M.E.C.

Publication date

2017

Document Version

Other version

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Fanoy, N. A. M. E. C. (2017). *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat: Een onderzoek naar het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in rechtsvergelijkend perspectief*.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Grondslag en functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal ik voor ieder van de gekozen rechtstelsels beschrijven wat de grondslag en wat de functie is van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en cliënt. In par. 3.2 zal ik dat doen voor Nederland, in par. 3.3 voor Frankrijk en in par. 3.4 voor Engeland. In mijn conclusie in par. 3.5 zal ik aangeven of het beginsel van vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt in de gekozen rechtstelsels een soortgelijke functie vervult.

3.2 Grondslag en functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Nederland

3.2.1 *Inleiding*

Het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt wordt in Nederland gewaarborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en in het verlengde daarvan het verschoningsrecht van de advocaat. Ik zal in dit hoofdstuk dan ook eerst in gaan op de geheimhoudingsplicht voordat het verschoningsrecht aan de orde komt. De geheimhoudingsplicht van de advocaat was als zodanig tot voor kort niet in een wettelijke bepaling neergelegd. Per 1 januari 2015 is de geheimhoudingsplicht van de advocaat wettelijk verankerd in art. 11 a van de Advocatenwet.³⁰⁰ Vóór deze datum werd reeds aangenomen dat de geheimhoudingsplicht van de advocaat voortvloeide uit een aantal wettelijke bepalingen. Ook was en is

300. Wet van 1 oktober 2014 tot aanpassing van de Advocatenwet en enige andere wetten in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde en herziening van het toezicht op advocaten, *Stb.* 2014, 354.

de geheimhoudingsplicht van de advocaat met zoveel woorden in de gedragsregels voor advocaten opgenomen. Schending van de geheimhoudingsplicht in het algemeen, door personen die uit hoofde van hun professionele bezigheden verplicht zijn tot geheimhouding, is strafbaar gesteld in art. 272 Sr. De advocaat is één van de hier bedoelde ‘beroepsgeheimhouders’.³⁰¹

Het verschoningsrecht van de advocaat zorgt er kort gezegd voor dat de advocaat tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, mag zwijgen over zaken die onder zijn geheimhoudingsplicht vallen. Het verschoningsrecht van de advocaat vloeit voort uit een aantal wettelijke bepalingen, ook al wordt de advocaat hierin niet specifiek genoemd.³⁰²

In par. 3.2.2 zal ik stilstaan bij de achtergrond en de wetsgeschiedenis van art. 272 Sr. In par. 3.2.3 zal ik de grondslag en de functie van de geheimhoudingsplicht van de advocaat beschrijven, zoals deze voortvloeien uit de jurisprudentie en de doctrine. In par. 3.2.4 zal ik kort ingaan op de beroepsethische verplichting tot geheimhouding van de advocaat. In par. 3.2.5 signaleer ik de belangrijkste overwegingen in de Memorie van Toelichting bij de met ingang van 1 januari 2015 gewijzigde Advocatenwet met betrekking tot de wettelijke verankering van de geheimhoudingsplicht. In par. 3.2.6 zal ik ingaan op de achtergrond en wetsgeschiedenis van de voorlopers van de huidige wettelijke bepalingen waarin het verschoningsrecht is opgenomen. In par. 3.2.7 zal ik de grondslag en de functie van het verschoningsrecht beschrijven zoals deze voortvloeien uit de jurisprudentie en doctrine. In par. 3.2.8 zal ik concluderen wat de functie is van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Nederland.

3.2.2 Art. 272 Sr; achtergrond en wetsgeschiedenis

Achtergrond; Code Pénal

In Nederland werd op 1 september 1886 het Wetboek van Strafrecht ingevoerd.³⁰³ Tijdens de Franse bezetting was per 1 maart 1811 in ons land de *Code Pénal* van kracht geworden, die geldig bleef tot aan de invoering van het Wetboek van Strafrecht.³⁰⁴ Artikel 378 van de *Code Pénal* (hierna: art. 378 CP) uit 1810 stelde de

301. Zie par. 3.2.3.

302. Zie art. 165 lid 2b Rv, art. 218 Sv, art. 8:33 lid 3 Awb. Zie ook art. 53a lid 1 AWR, waar de advocaat wel specifiek wordt genoemd.

303. Wet van 15 april 1886, *Stb.* 64.

304. In Frankrijk was de *Code Pénal* in 1810 ingevoerd. Per 1 maart 1811 waren de meeste Franse wetten in Nederland van kracht geworden. Zie keizerlijk decreet 8 november 1810, *Bulletin* 327. Fortuyn 1839, p. 13 e.v., Fortuyn 1841, p. 226; keizerlijk decreet 6 januari 1811, *Bulletin* 342. Fortuyn 1839, p. 69, Fortuyn 1841, p. 253; keizerlijk decreet 19 april 1911,

openbaarmaking (*révélation*) door bepaalde personen van aan hen toevertrouwde geheimen strafbaar.³⁰⁵ In deze bepaling werden degenen die een medisch beroep uitoefenden specifiek genoemd. Meer in het algemeen werd daarnaast verwezen naar andere personen, die door stand of beroep werden geacht ‘geheimen te bewaren’.

Uit de beknopte wetsgeschiedenis van art. 378 CP komt als belangrijke reden voor de strafbaarstelling van de openbaarmaking van geheimen het volgende naar voren: men beschouwde het schaden van de eer en de reputatie van anderen door het prijsgeven van hun geheimen door degenen aan wie deze geheimen waren toevertrouwd, als een ernstig vergrijp.³⁰⁶ Ook al werden advocaten in de eerste wettelijke bepaling met betrekking tot de schending van een zwijgplicht niet specifiek genoemd, algemeen werd destijds wel aangenomen dat advocaten gebonden waren aan een beroepsgeheim en onder de algemene omschrijving van art. 378 CP vielen.³⁰⁷

Art. 272 Sr (oud)

Met ingang van 1 september 1886 werd art. 378 CP vervangen door art. 272 Sr, dat destijds luidde:

*“Hij die opzettelijk eenig geheim, hetwelk hij uit hoofde van zijn hetzij tegenwoordig hetzij vroeger ambt of beroep, verplicht is te bewaren, bekendmaakt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste zeshonderd gulden. Indien dit misdrijf tegen een bepaald persoon gepleegd is, wordt het slechts vervolgd op diens klachte.”*³⁰⁸

Deze bepaling was opgenomen in titel XVII, ‘Schending van geheimen’.³⁰⁹ Uit het verslag van de Tweede Kamer komt naar voren dat deze titel een onvolledige aanduiding is voor: ‘schending van vertrouwen door openbaring van geheimen’.³¹⁰

Bulletin 364. Fortuyn 1839, p. 70 e.v., Fortuyn 1841, p. 299. Zie ook Sanders 2011, p. 33. Henssen 1998, p. 14.

305. Zie par. 3.3.2 voor de tekst van Art. 378 CP uit 1810.

306. Zie hierover par. 3.3.2.

307. Zie voor Frankrijk: Martin 2008, p. 219. Lambert 2005, p. 210. In de wetsgeschiedenis van art. 378 CP vindt men geen verwijzing naar advocaten. Zie voor een mogelijke verklaring hiervoor, par. 3.3. Voor Nederland: zie hierna par. 3.2.3.

308. Smidt 1881, p. 402.

309. In het oorspronkelijk regerings-ontwerp (O.R.O) luidde het opschrift nog “openbaring van geheimen”. Smidt 1881, p. 402.

310. Smidt 1881, p. 402. Overigens is het woord “openbaren” in de wetstekst vervangen door bekendmaken, omdat dit beter weergeeft dat ook het “verraden” van een geheim aan één persoon strafbaar is, zie Smidt 1881, p. 404.

Wie degenen zijn die uit hoofde van ambt of beroep gehouden waren tot geheimhouding is in deze bepaling niet opgenomen.

In de Memorie van Toelichting (MvT) bij het oorspronkelijke ontwerp valt te lezen, dat een verplichting tot geheimhouding kan blijken uit de wet of uit de aard van de werkring en dat deze verplichting geldt voor iedereen die hetzelfde ambt of beroep uitoefent.³¹¹ In de MvT wordt aansluiting gezocht bij art. 378 CP. Het is aan de rechter overgelaten om nader te concretiseren in hoeverre een bepaald beroep tot geheimhouding verplicht.³¹²

De in de wetstekst van art. 378 CP opgenomen uitzondering op de zwijgplicht ingeval van een wettelijke spreek- of meldingsplicht, is in de tekst van art. 272 Sr achterwege gebleven. In de MvT is wel aangegeven dat de zwijgplicht in bijzondere gevallen wijkt voor een spreekplicht, in welk geval strafbaarheid is uitgesloten op grond van het toen geldende art. 52 Sr.³¹³ De huidige tekst van art. 272 Sr wijkt op een aantal punten af van de hiervoor weergegeven oorspronkelijke tekst. De belangrijkste wijzigingen zijn in 1967 doorgevoerd.³¹⁴ Deze wijzigingen betreffen de strafbaarstelling van de in wettelijke voorschriften vervatte geheimhoudingsplichten en het inbouwen van een culpoos element ten aanzien van de zwijgplicht.³¹⁵

3.2.3 Art. 272 Sr; jurisprudentie en doctrine

Zwijgplicht uit hoofde van beroep

De ratio van de in deze bepaling bedoelde zwijgplicht is de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Meer specifiek wordt hier beschermd het maatschappelijk belang dat personen elkaar zakelijke of persoonlijke problemen kunnen toevertrouwen.³¹⁶ Als hierbij sprake is van een professionele vertrouwensrelatie gericht

311. *Kamerstukken II*, 1878/79, B. 110, nr. 3, p. 113. Zie ook Smidt 1881, p. 403.

312. Smidt 1881, p. 403. Zie hierover par. 3.2.3.

313. In de MvT (O.R.O) wordt in dit verband opgemerkt dat een verschoningsgerechtigde uit hoofde van art. 189 Sv (oud), die toch besluit een getuigenis af te leggen, hiermee handelt ter uitvoering van een wettelijk voorschrift en ook gedekt wordt door art. 52 Sr (oud). Smidt 1881, p. 403.

314. Wet van 30 juni 1967, *Stb.* 377, houdende vaststelling van algemene bepalingen omtrent de bestraffing van schending van geheimen (in werking getreden op 9 augustus 1967). Zie ook de Wet van 10 maart 1984, *Stb.* 91 (inwerkingtreding 1 mei 1984), waarbij de indeling in boetecategorieën plaats vond.

315. Op beide genoemde wijzigingen zal ik kort ingaan in par. 5.5.1.

316. Verburg 1975, p. 28 en 29. Zie ook Verburg 1985, p. 17. Zie comm. Sr, Van Strien/Van Maurik, aant. 5 bij art. 272 Sr.

op hulpverlening of advies, is er nog een extra grond voor het in acht nemen van geheimhouding, te weten: het kunnen aangaan van een vertrouwensrelatie.³¹⁷

Uit de jurisprudentie en de doctrine komt naar voren dat de wezenlijke grond voor het beroepsgeheim wordt gevonden in de aard van het beroep.³¹⁸ De rechter heeft bij de beantwoording van de vraag bij welke beroepsgroepen – los van een wettelijke regeling – ‘een geheimhoudingsplicht hoort’, acht geslagen op regels van ongeschreven recht die bijvoorbeeld hun basis vinden in de traditie of maatschappelijk normbesef.³¹⁹ De rechter beoordeelt dat van geval tot geval.³²⁰ Als belangrijk uitgangspunt geldt dat het moet gaan om een beroepsgroep, aan wiens deskundige bijstand de samenleving behoefte heeft. Een bijkomende voorwaarde is dat het beroep niet goed kan worden uitgeoefend zonder openhartige communicatie met degene die de beroepsbeoefenaar inschakelt voor bijstand. Met het oog op deze gewenste open communicatie, dient zeker te zijn dat hetgeen daarbij aan de beroepsbeoefenaar bekend wordt geheim blijft.³²¹ Duidelijk is dat het moet gaan om een beroep van een bepaald niveau, waaraan bepaalde eisen worden gesteld en waarvan het maatschappelijk belang het zwijgen vordert.³²² Reeds halverwege de 19^e eeuw is in de jurisprudentie uitgemaakt dat de aard van het beroep advocaat een geheimhoudingsplicht met zich meebrengt.³²³ In de jurisprudentie heeft dit uitgangspunt nadien nooit ter discussie gestaan.

3.2.4 *De geheimhoudingsplicht van de advocaat in het gedragsrecht*

De geheimhoudingsplicht van de advocaat is behalve een rechtsplicht ook een beroepsethische verplichting. Voor advocaten geldt dat de inhoud en omvang van de geheimhoudingsplicht is neergelegd in regel 6 van de Gedragsregels voor advocaten 1992.³²⁴

317. Hazewinkel-Suringa 1959, p. 8. Zie ook Prakken & Spronken 2009, p. 101. Vgl. Smidt 1881, p. 402. Bosch van Oud-Amelisweerd 1935, p. 6 en 16.

318. Hazewinkel-Suringa 1959, p. 20. HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 958. HR 6 december 1955, *NJ* 1956, 52. Verburg 1985, p. 18.

319. Verburg 1985, p. 18. Prakken & Spronken 2009, p. 101.

320. Zie Smidt 1881, p. 403.

321. Hazewinkel-Suringa 1959, p. 9, 16-18. Verburg 1985, p. 18.

322. Hazewinkel-Suringa 1959, 16-18. Zie ook comm. Sr, Noyon-Langemeijer-Rommelink, suppl. 136 (juni 2006), aant. 3 bij art. 272 Sr.

323. Verburg 1975, p. 88 en 101 e.v. Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 1845, *W.* 634 (advocaat); Rb. Haarlem 7 december 1852, *W.* 1391 (rechtsgeleerden). Deze uitspraak bevestigt ook het algemeen belang; Hof Drenthe 17 november 1869, *W.* 3161 (advocaat).

324. Zie hierover par. 2.2.4 en par. 5.3.3.

Een eerste publicatie van een verzameling gedragsregels voor advocaten treft men aan in het *Advocatenblad* van 15 maart 1921: de ontwerp-Verzameling ereregels voor advocaten.³²⁵ In dit ontwerp was reeds de verplichting voor de advocaat opgenomen om geen geheimen te schenden. Deze ereregels zijn in de loop der tijd nog diverse malen aangepast en herzien en de laatst geheel herziene versie dateert uit 1992.³²⁶ In het voorjaar van 2016 is een commissie ingesteld, die zich buigt over een algehele herziening van de gedragsregels.³²⁷ De verwachting is dat deze herziening in 2017 gereed zal zijn.

De geheimhoudingsplicht van de advocaat wordt ook gezien als een uitvloeisel van art. 46 Advocatenwet. Op grond van dit artikel wordt de advocaat verplicht tot een zorgvuldige behartiging van de belangen van zijn cliënten, tot naleving van de verordeningen van de Nederlandse orde, van het bepaalde bij of krachtens de Advocatenwet en de Wwft, en op grond waarvan hij zich moet onthouden van gedrag dat een behoorlijk advocaat niet betaamt.³²⁸

Het Hof van Discipline, de hoogste tuchtrechter voor advocaten, heeft in 1987 uitgemaakt dat de verplichting tot geheimhouding geldt als een ‘fundamenteel rechtsbeginsel dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep in acht behoort te nemen en waarop cliënten met het oog op de juiste behartiging van hun belangen onvoorwaardelijk moeten kunnen vertrouwen’.³²⁹ Dit is sindsdien vaste jurisprudentie.

3.2.5 De geheimhoudingsplicht in de Advocatenwet

In de met ingang van 1 januari 2015 gewijzigde Advocatenwet is in art. 10a als kernwaarde vertrouwelijkheid opgenomen. Art. 10a lid 1 luidt voorzover relevant:

“In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep: [...]e. vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen.”

325. Deze ontwerp-erecode was opgesteld door een door de NAV in 1920 ingestelde commissie, die op 31 augustus 1920 haar rapport uitbracht. Henssen 1998, p. 83.

326. Zie over de ontwikkeling van Ereregels naar gedragsregels Henssen 1998, p. 83-85 en p. 252-259. Gaandeweg werd niet langer van ereregels, maar van gedragsregels gesproken.

327. De NOvA Commissie Gedragsregels 2017, onder voorzitterschap van J. Loorbach.

328. Wisselink 1997, p. 9. Zie ook Bannier & Fanoy 2011, p. 191. Zie ook par. 2.2.4.

329. HvD 10 juni 1987, nr. 975, *Adv.bl.* 1988, p. 251. Het HvD had al eerder vastgesteld dat de geheimhoudingsplicht ‘één van de wezenlijkste beroepsplichten van de advocaat is’, HvD nr. 662, *Adv.bl.* 1984, p. 248, aangehaald in Mols & Malherbe 1990, p. 77.

Daarnaast is de geheimhoudingsplicht van de advocaat voor het eerst wettelijk neergelegd in art. 11a:

“1. Voorzover niet bij wet of bij verordening van het college van afgevaardigden anders is bepaald, is de advocaat ten aanzien van al hetgeen hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennisneemt tot geheimhouding verplicht. Dezelfde verplichting geldt voor medewerkers en personeel van de advocaat, alsmede andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening.

2. De geheimhouding, bedoeld in het eerste lid, blijft voortbestaan na de beëindiging van de beroepsuitoefening of de betrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht.”

In de MvT bij het wetsontwerp wordt grotendeels geconsolideerd wat reeds in de jurisprudentie was aanvaard met betrekking tot het belang en het doel van de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt. Zo wordt er op gewezen dat de advocatuur behoort tot de vertrouwensberoepen. Voorts wordt het voor het goed kunnen uitoefenen van het beroep van wezenlijk belang geacht dat cliënten in vertrouwen alles in volle openhartigheid kunnen uitwisselen met hun advocaat. ‘Alleen dan kan de advocaat alle mogelijkheden en risico’s in een zaak naar behoren inventariseren en wegen en kan hij in volle omvang beslissingen nemen over de aanpak van een zaak of in te nemen procespositie’, aldus de MvT. Zonder vertrouwelijkheid komt adequate rechtshulpverlening en een goede rechtsbedeling in het gedrang. Deze vertrouwelijkheid wordt geborgd door de geheimhoudingsplicht van de advocaat en in het verlengde daarvan het verschoningsrecht. Hiermee wordt zowel het belang van de individuele cliënt gediend als dat van de rechtsbedeling in het algemeen.³³⁰

Ook de toelichting bij de Tweede nota van Wijziging benadrukt dat de geheimhoudingsplicht van de advocaat onmisbaar is voor een goede beroepsuitoefening en wezenlijk is om het recht op een eerlijk en onafhankelijk proces, zoals dat is neergelegd in art. 6 EVRM, te kunnen garanderen. De grondslag voor het beroepsgeheim van de advocaat moet worden gevonden in het algemeen maatschappelijk belang dat iedere rechtzoekende zich zonder vrees en zonder voorbehoud tot een advocaat moet kunnen wenden om zijn rechtspositie te kunnen bepalen en eventueel een verdediging voor te bereiden.³³¹ Dit maatschappelijke belang, zo stelt de toelichting, rechtvaardigt ook de strafbaarstelling van de schending van de geheimhoudingsplicht in art. 272 Sr.

330. *Kamerstukken II 2009-2010*, 32 382, nr. 3, p. 11.

331. *Kamerstukken II 2011-2012*, 32 382, nr. 10, p. 50.

3.2.6 *Art. 1946 BW(oud) en art. 189 Sv (oud); achtergrond en wetsgeschiedenis**Getuigplicht en verschoningsrecht*

In Nederland rust in beginsel op iedere burger de getuigplicht. Iedereen die in Nederland als getuige in een rechtszaak wordt opgeroepen dient te verschijnen en een verklaring af te leggen.³³² Een getuige die opzettelijk niet voldoet aan zijn wettelijke verplichtingen is strafbaar.³³³ Een weigerachtige getuige kan worden gegijzeld.³³⁴ Deze plicht, die beoogt bij te dragen aan de waarheidsvinding, derogert aan de geheimhoudingsplicht waarvan de schending in art. 272 Sr is strafbaar gesteld.

De advocaat behoort tot een selecte groep beroepsgeheimhouders, die de door hen in acht te nemen geheimhouding ook tegenover de rechter en andere instanties kan inroepen. Aan de advocaat komt het 'professionele verschoningsrecht' toe. Dit betekent dat het verschoningsrecht voortvloeit uit zijn beroepsuitoefening. De advocaat heeft het recht te weigeren een verklaring af te leggen en kan zich verschonen van het beantwoorden van bepaalde vragen. Hij hoeft daarbij niet te vrezen voor de anders toepasselijke sancties. Het professionele verschoningsrecht vormt aldus een uitzondering op de getuigplicht.

De wettelijke grondslag voor het aan de advocaat toekomende verschoningsrecht is neergelegd in diverse wettelijke bepalingen, voor civiele zaken in art. 165 lid 2 sub b Rv en voor strafzaken in art. 218 Sv. Daarnaast bepaalt art. 8:33 lid 3 Awb ten aanzien van het afleggen van een getuigenverklaring voor de bestuursrechter dat art. 165 lid 2 Rv van overeenkomstige toepassing is.³³⁵ In deze wetsbepalingen is echter niet met zoveel woorden opgenomen welke beroepsbeoefenaren zich kunnen beroepen op het verschoningsrecht. Deze beoordeling is, net als bij de geheimhoudingsplicht, uiteindelijk overgelaten aan de rechter.

De rechter heeft uitgemaakt dat de advocaat één van de weinige beroepsbeoefenaren is, aan wie het verschoningsrecht toekomt.³³⁶ Dit brengt dus met zich dat de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt in beginsel tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, kan worden ingeroepen.

332. Art. 165 lid 1 Rv; Art. 213 Sv. Zie ook art. 221 Sv (gijzeling bij weigering beantwoorden van vragen). Zie in bestuursrecht: art. 8:33 lid 1 Awb.

333. Art. 192 Sr.

334. Art. 173 Rv. Art. 221 Sv. Art. 8:33 lid 3 Awb.

335. Zie ook art. 53a lid 1 AWR, waarin onder meer advocaten met een beroep op hun geheimhoudingsplicht mogen weigeren om te voldoen aan de informatieverplichting ten behoeve van de belastingheffing van derden. Zie ook art. 5:20 lid 2 Awb en art. 51 lid 1 MW.

336. Zie par. 3.2.7.

Zoals in hoofdstuk 5 zal blijken heeft het feit dat een beroepsbeoefenaar zich kan beroepen op het verschoningsrecht niet alleen implicaties voor het horen van getuigen in een gerechtelijke procedure. Zo heeft de wetgever aan de bevoegdheid tot het invoeren van het professionele verschoningsrecht de regel gekoppeld dat tegen deze verschoningsgerechtigden een aantal strafvorderlijke bevoegdheden niet kan worden uitgeoefend.

Eerste wettelijke bepalingen

Bij de codificatie in 1838 trad een aantal nieuwe, nationale, wetboeken in werking, waaronder het Burgerlijk Wetboek (BW), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) en het Wetboek van Strafvordering (Sv).³³⁷ De getuigplicht in civiele zaken en de regeling van het professionele verschoningsrecht waren destijds ondergebracht in het BW.³³⁸ De getuigplicht was neergelegd in art. 1946 lid 1 BW:

*‘Alle personen, bewaam om getuigen te zijn, zijn verplicht om getuigenis in regten af te leggen’.*³³⁹

In art. 1946 lid 2 BW werd bepaald welke personen zich van het afleggen van een verklaring konden verschonen. Art. 1946 lid 2 sub 3 BW:³⁴⁰

‘Niettemin kunnen zich van het afleggen van getuigenis verschoonen, [...] 3) Alle degenen die uit hoofde van hunnen stand, beroep of wettige betrekking tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen en bij uitsluiting nopens hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.’

Het Wetboek van Strafvordering van 1838 bevatte in art. 65 Sv (voor het horen van getuigen door de rechter-commissaris) en in art. 189 Sv (voor het horen van getuigen op de zitting) ten aanzien van het professionele verschoningsrecht een vrijwel zelfde tekst als art. 1946 BW. Het bewijsrecht in strafzaken was aanvankelijk opgenomen in het ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafrecht, waarin art. 54 bepaalde dat van de getuigplicht werden vrijgesteld degenen ‘die in burgerlijke zaken zich daarvan kunnen verschonen’. Dit wetboek werd niet ingevoerd

337. Volgens KB van 13 april 1838, *Stb.* 12 traden met ingang van 1 oktober 1838 het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Koophandel, het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, het Wetboek van Strafvordering, de Wet Algemene Bepalingen en de Wet met betrekking tot de rechterlijke organisatie in werking.

338. Zie Wet van 3 maart 1825, *Stb.* 34 en Wet van 15 juni 1833, *Stb.* 51.

339. Art. 1947 BW bepaalde destijds welke getuigen geacht werden onbekwaam te zijn: ‘(...) de bloed- en aanverwanten van eene der partijen in de rechte linie, en de echtgenoot, zelfs na eene plaats gehad hebbende echtscheiding’.

340. Zie voor het ontwerp voor de regeling van het verschoningsrecht zoals deze – met enige redactionele wijzigingen – terecht kwam in art. 1946 BW: *Kamerstukken II 1832-1833*, Bijl. XXII, nr. 4, p. 611. Art. 1946 BW was in dit ontwerp nog art. 1954 BW.

en de regeling van het bewijs kwam terecht in het Wetboek van Strafvordering.³⁴¹ Volgens de MvT was het de bedoeling dat voor wat betreft het verschoningsrecht aansluiting werd gezocht bij degenen die in burgerlijke zaken niet konden worden verplicht tot het afleggen van getuigenis.³⁴² Een redengeving ontbreekt.³⁴³

Het is opvallend dat de eerste wettelijke bepalingen inzake het professionele verschoningsrecht nauwelijks afwijken van de huidige bepalingen in Rv en Sv. De wetgever heeft kennelijk nooit de behoefte gehad om de open norm ten aanzien van degenen aan wie het professionele verschoningsrecht zou toekomen nader in te vullen. Het invullen van die open norm is echter regelmatig voorwerp van maatschappelijk en juridisch debat geweest.³⁴⁴

De bedoeling van de wetgever ten aanzien van de rechtvaardiging voor de invoering van de regeling van het professionele verschoningsrecht blijkt niet uit de wetgeschiedenis. Tot deze conclusie kwam ook Fernhout, die in zijn proefschrift uit 2004 over het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken overzichtelijk de wetshistorische ontwikkeling van de voorlopers van de huidige wetsbepalingen heeft beschreven.³⁴⁵ Een aantal eerdere ontwerpen voor een burgerlijk wetboek – een ontwerp dat op 6 maart 1816 aan de koning was aangeboden en een aangepast ontwerp uit 1820 – bevatte een regeling op grond waarvan bepaalde beroepsbeoefenaren werden vrijgesteld van de verplichting tot het geven van getuigenis, als het ging om dezelfde zaak waarin ze één der partijen hadden ‘bediend’.³⁴⁶ In een later ontwerp dat leidde tot een wet van 3 maart 1825 was echter – zonder nadere toelichting – geen bepaling meer over het verschoningsrecht te vinden.³⁴⁷ De inwerkingtreding van deze wet werd opgeschort als gevolg van de afscheiding van

341. Zie hierover en over eerdere ontwerpen voor een bepaling over het verschoningsrecht in het Wetboek van Strafrecht, Fernhout 2004, p.13-14.

342. *Kamerstukken II*, 1835-36, X, nr. 25, p. 378.

343. Zie hierover ook Verburg 1975, p. 32-35.

344. Zie hierover Fernhout 2004, par. 2.2. Zie ook par. 3.2.7.

345. Fernhout 2004, p. 7-14. De geïnteresseerde lezer verwijs ik echter graag naar de lezenswaardige tekstuele en wetssystematische interpretatie van Fernhout over de bedoelingen van de wetgever, waarbij hij voor de toekenning van het verschoningsrecht concludeert dat de wetgever heeft willen aansluiten bij de in art. 378 CP bedoelde personen, zie hiervoor Fernhout 2004, p. 20-23.

346. In het ontwerp van 1816 waren dat ‘praktizijns en notarissen’ en in het ontwerp van 1820 ging het om ‘praktizijns en zaakgelastigden. De Bosch Kemper 1840, p. 483. Fernhout 2004, p. 10 en 11. Verburg 1975, p. 34. Bruijn wijst overigens op het eerdere art. 1271 Wetboek Napoleon ingerigt voor Koninkrijk Holland, waarin de praktizijns als verschoningsgerechtigde werd genoemd, Bruijn 1892, p. 5.

347. Wet van 3 maart 1825, *Stb.* 34.

België op 5 januari 1832. Bij een latere wijziging is alsnog de regeling van het verschoningsrecht ingevoerd.³⁴⁸

Verburg constateerde in zijn proefschrift uit 1975 over het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken ook reeds, dat noch in de wetstoelichting bij de eerste civielrechtelijke bepaling, noch in de toelichting bij de bepaling over het verschoningsrecht in strafzaken aanwijzingen zijn te vinden welk belang de wetgever heeft willen beschermen met deze bepalingen.³⁴⁹

Uit de wetsgeschiedenis kan wel worden afgeleid dat de wetgever heeft gedacht aan advocaten als geheimhouders aan wie het verschoningsrecht zou moeten toekomen.³⁵⁰

3.2.7 Grondslag van het verschoningsrecht; jurisprudentie en doctrine

Commentaren in de literatuur tot Notaris Maas

Reeds in de eerste commentaren op de nieuwe wetboeken werd aangenomen dat advocaten behoorden tot de verschoningsgerechtigden als bedoeld in art. 1946 lid 2 sub 3 BW en art. 189 Sv.³⁵¹ Daarnaast werden – met name in de literatuur over het burgerlijk recht – ook procureurs, geestelijken en geneesheren als kandidaten genoemd.³⁵² Een enkeling vond dat ook notarissen daartoe behoorden.³⁵³

In de strafrechtelijke literatuur werd zuiniger omgesprongen met het toekennen van het verschoningsrecht aan bepaalde beroepen. De tendens leek daar meer te zijn dat het belang van het strafrecht niet zou toelaten dat de kring van verschoningsgerechtigden al te gemakkelijk zou worden uitgebreid.³⁵⁴ Zo vond De Bosch Kemper, die in 1840 het tweede deel van het commentaar op het Wetboek van Strafvordering verzorgde, dat de reden waarom sommige personen met een geheimhoudingsplicht een beroep op het verschoningsrecht konden doen niet

348. zie art. 7 Wet van 15 juni 1833, *Stb.* 51. Fernhout 2004, p. 12 en 13. Verburg 1975, p. 34 en 35. Bruijn 1892, p. 6. Volgens Lipman was deze regeling geheel nieuw, Lipman 1839, p. 578.

349. Verburg 1975, p. 3 en 6. Verburg concludeert ten aanzien van de kring van beoogde verschoningsgerechtigden eveneens tot een verband met art. 378 CP, maar doet dat op andere gronden dan Fernhout, zie Verburg 1975, p. 33 en 35. Die gronden worden weer door Fernhout bestreden, zie Fernhout 2004, p. 13 en 15.

350. Zie ook De Bosch Kemper 1840, p. 483 en 486. Volgens De Bosch Kemper moet onder rechterlijke praktijzijs de advocaten en de procureurs worden begrepen.

351. Zie bijvoorbeeld Lipman 1839, p. 578, die de 'orde der advokaten' noemt. Zie ook De Bosch Kemper 1840, p. 486 e.v.; De Pinto 1838, p. 494; Van Bell 1866, p. 91. Fernhout 2004, p. 24 en 25. Anders: Bruijn 1892, p. 32, die vond dat aan advocaten geen verschoningsrecht zou moeten toekomen. Zie ook Verburg 1975, p. 101.

352. De Pinto 1838, p. 494.

353. Van Bell 1866, p. 91 en Van Maanen 1852, p. 585-586, vermeldden ook de notarissen.

354. Fernhout 2004, p. 26-28.

zozeer voortvloeide uit de strafbaarheid van het schenden van een beroepsgeheim, maar uit het maatschappelijk belang ‘dat in sommige betrekkingen een volledig vertrouwen plaats hebbe’.³⁵⁵ Hij benadrukte dus het maatschappelijk belang van de vertrouwelijkheid van de relatie met bepaalde beroepsbeoefenaars.

Het standpunt dat met het verschoningsrecht in de eerste plaats een algemeen belang wordt gediend werd in de literatuur met name vanaf begin 20ste eeuw ook door anderen gedeeld.³⁵⁶ Dat laat onverlet, dat tevens de opvatting bestaat dat met het verschoningsrecht naast een algemeen belang ook een concreet, individueel belang wordt gediend.³⁵⁷ Zoals in de hierna te bespreken jurisprudentie en literatuur zal blijken, kwam de opvatting van De Bosch Kemper sterk in de buurt van wat thans als heersende leer over de grondslag en de functie van het professionele verschoningsrecht wordt gezien.³⁵⁸

Verschoningsrecht advocaat in 19e eeuwse jurisprudentie

De eerste uitspraak waarin de Hoge Raad oordeelde over een beroep op het verschoningsrecht van een advocaat was in een strafzaak. De strafzaak richtte zich tegen de inzender van een stuk over de leden van de Tweede Kamer in het weekblad ‘De Batavier’ omdat het gepubliceerde stuk “lastering van een openbare autoriteit” zou opleveren. Mr. Verwaijen was drukker van het blad maar had de beklagde in deze zaak (vóór aanvang van de strafzaak) ook als advocaat bijgestaan en werd als getuige door het OM opgeroepen. Hij deed een beroep op het verschoningsrecht en weigerde op die grond de eed af te leggen. Het beroep op het verschoningsrecht werd zowel door de rechtbank als het hof afgewezen en mr. Verwaijen kreeg een gevangenisstraf opgelegd voor zijn weigering de eed af te leggen.³⁵⁹ De Hoge Raad gaf de volgende beslissing op de stelling van mr. Verwaijen dat hij de eed niet hoefde af te leggen omdat hij – als oud-advocaat van de beklagde – niet als getuige kon worden gehoord:

‘dat advocaten als zoodanig niet bij de wet worden vrijgesteld van de algemeene verplichting, op elk een rustende, om, daartoe geroepen wordende, in regten getuigenis der waarheid af te leggen; dat uit art. 189 Strafv. geenszins kan worden

355. De Bosch Kemper 1840, p. 483 e.v.

356. Zie bijv. Thijssen 1905, p. 73-75; Blok en Besier 1925, p. 541; Versteegen 1931, p. 86-88; Bosch van Oud-Amelisweerd 1935, p. 62; Telders 1957, p. 382, 384; Hazewinkel-Suringa 1959, p. 16 en 40; Zie ook Verburg 1975, p. 6 e.v.

357. Bijv. Hazewinkel-Suringa 1959, p. 42; Verburg 1975, p. 9 e.v.

358. Fernhout onderkent dit, maar is van oordeel dat de onderliggende argumenten van De Bosch Kemper ondeugdelijk zijn en niet zijn gestoeld op traceerbare bronnen, zie Fernhout 2004, p. 27-28.

359. W. 560, p. 4 (1844) en Hof Gelderland 18 februari 1845, W 582.

*afgeleid, dat zij niet als getuigen zouden mogen worden gedagvaard in zaken, waaromtrent hun in hunne betrekking van verdedigers geheimen mogten zijn toevertrouwd, en dat zij zich niet van het geven van alle getuigenis, ook omtrent punten, die in geen het minste verband staan tot die betrekking, zouden mogen ontslaan, kunnende zij zich slechts verschoonen van het afleggen van getuigenis nopens datgene, waarvan de wetenschap aan hen als verdedigers is toevertrouwd.*³⁶⁰

De Hoge Raad besliste vervolgens dat in alle gevallen eerst de eed moet worden afgelegd en dat daarna pas de redenen van verschoning naar voren kunnen worden gebracht. Ook al betrof het hier slechts een procesrechtelijke beslissing, de uitspraak is toch relevant omdat de Hoge Raad er in 1845 kennelijk reeds vanuit ging dat art. 189 Sv op advocaten sloeg, zij het met als toevoeging dat het moet gaan om wetenschap die hen 'als verdedigers' is toevertrouwd.

In een echtscheidingszaak in 1846 honoreerde de rechtbank het beroep op het verschoningsrecht van een advocaat die beide partijen voorafgaand aan de procedure had geadviseerd. De partijen wilden zelf wel graag dat de advocaat een verklaring zou afleggen, maar de rechtbank ging hieraan voorbij, omdat het beroep op het verschoningsrecht van de advocaat 'gegrond is op de uitdrukkelijke bepalingen der Wet'.³⁶¹ In een uitspraak van de rechtbank Haarlem uit 1852 werd een beroep op het verschoningsrecht door de uitgever van een krant afgewezen. De rechtbank overwoog hier dat het verschoningsrecht niet het belang van personen die geheimen ontvangen diende, maar een algemeen belang, omdat het noodzakelijk was om bepaalde personen, waaronder 'rechtsgeleerden', in vertrouwen te kunnen raadplegen.³⁶²

Liefdehuisarrest: doel en omvang verschoningsrecht

Het duurde tot 1913 voordat de Hoge Raad zich voor het eerst sinds de invoering van de wetboeken in 1838 inhoudelijk uitsprak over het doel en de omvang van het professionele verschoningsrecht. Dat gebeurde in het 'Liefdehuis'-arrest, waarin het ging om het verschoningsrecht van een geneeskundige.³⁶³

De HR overwoog dat de geheimhoudingsplicht die ten grondslag ligt aan het verschoningsrecht als bedoeld in art. 66 Sv (oud), berust op de 'eigenaardige eischen van het uitgeoefend beroep'. De HR merkte hierbij op dat art. 66 Sv een algemene regeling bevatte op grond waarvan het verschoningsrecht toekwam aan

360. HR 24 juni 1845, W. 634.

361. Rb. Amsterdam 27 april 1846, RB 1846, p. 545.

362. Rb. Haarlem 7 december 1852, W. 1391. Bruijn 1892, p. 16 e.v. Verburg 1975, p. 88.

363. HR 21 april 1913, NJ 1913, 958.

verschillende categorieën personen, waaronder advocaten. De overwegingen van de HR met betrekking tot het doel van het verschoningsrecht beperkten zich dan ook niet tot het beroep van de geneeskundige.³⁶⁴ Over het doel van het verschoningsrecht bepaalde de HR:

‘(..) dat die eischen ten aanzien van het geneeskundige beroep medebrengen, dat een ieder, die zich of een der zijnen onder behandeling stelt van een geneesheer, er op kan rekenen, dat hetgeen deze bij die behandeling door mededeelingen van den zieke zelf of te zijnen behoeve gedaan of door eigen onderzoek omtrent zijn patient te weten komt – al hetwelk geacht moet worden den geneesheer als zoodanig te zijn toevertrouwd – geheim blijve, vermits alleen bij voldoening aan dien eisch kan worden voorkomen, dat de zieken zelven of zij, die geroepen zijn voor hen te zorgen, uit vrees voor zijn openbaarheid zich laten weerhouden geneeskundige hulp in te roepen en dus slechts dan het doel van het aan geneeskundigen toekomende verschoningsrecht kan worden bereikt.’

De HR bepaalde aldus dat het doel van het verschoningsrecht is te voorkomen dat bepaalde beroepsbeoefenaren uit vrees voor openbaarheid niet worden geraadpleegd. Dat doel kan alleen worden bereikt als patiënten kunnen rekenen op geheimhouding. De ‘eigenaardige eischen’ van het uitgeoefende beroep brengen een dergelijke garantie van geheimhouding met zich mee, met andere woorden: het gaat om beroepen die alleen maar goed kunnen worden uitgeoefend bij gegarandeerde geheimhouding.³⁶⁵

Met deze formulering beperkte de HR het aantal beroepen dat hieraan zou kunnen voldoen. De Hoge Raad heeft in een aantal latere uitspraken nog aan dit criterium geschaafd en benadrukt dat de onbelemmerde toegankelijkheid van een beroep een algemeen belang moet dienen.³⁶⁶

Grondslag verschoningsrecht; Notaris Maas

Sinds wat algemeen ook thans nog als basisuitspraak voor wat betreft de grondslag, het doel en de reikwijdte van het professionele verschoningsrecht wordt gezien, de *Notaris Maas*-beschikking, weten we dat het professionele verschoningsrecht een “in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel is, waarop onafhankelijk

364. Zie ook Fernhout 2004, p. 63.

365. Zie ook Fernhout 2004, p. 64.

366. Fernhout 2004, p. 64. Zie voor de expliciete erkenning dat de mogelijkheid van het inroepen van de hulp van een advocaat het algemeen belang dient : HR 22-06-1984 , *NJ* 1985, 188 (ECLI:NL:HR:1984:AG4835).

van een wettelijke regeling een beroep kan worden gedaan”.³⁶⁷ De HR verwoordde dit als volgt:

*“De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. Dit beginsel vindt onder meer erkenning voor het burgerlijk recht in art. 1946 lid 2 aanhef en onder 3^e BW, voor het strafrecht in art. 218 Sv en voor het belastingrecht in de art. 53 Algemene Wet inzake rijksbelastingen en 15 lid 3 aanhef en onder b Wet administratieve rechtspraak belastingzaken.”*³⁶⁸

Vanaf de *Notaris Maas*-beschikking is algemeen aanvaard dat het professionele verschoningsrecht niet zozeer het individuele belang van de cliënt of patiënt dient, maar in de eerste plaats een algemeen maatschappelijk belang. Daarnaast maakt de HR een afweging tussen twee maatschappelijke belangen en laat ten aanzien van bepaalde vertrouwenspersonen het belang van vertrouwelijkheid in de relatie tot degenen die een beroep op hen doen prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding. Van deze principiële keuze kan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden afgeweken.³⁶⁹ Het doel van het verschoningsrecht is immers om cliënten en andere belanghebbenden de zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de beroepsbeoefenaar kunnen spreken.³⁷⁰

In de *Notaris Maas*-beschikking ging het om een notaris, die door de rechter-commissaris in een surséance als getuige werd gehoord op de voet van art. 223b Faillissementswet. Voor het horen van getuigen in een surséance is een aantal bepalingen uit het Wetboek van rechtsvordering (Rv) dat betrekking heeft op het getuigenverhoor van toepassing verklaard. Er is echter niets geregeld over het professionele verschoningsrecht. In cassatie werd door de bewindvoerders aangevoerd dat door het hof ten onrechte het beroep van de notaris op het verschoningsrecht was gehonoreerd, omdat het toen nog geldende art. 1946 BW niet van toepassing was. De notaris in deze casus kon zich op grond van deze uitspraak dus ook op het verschoningsrecht beroepen in een surséance van betaling, een procedure waarvoor nog geen wettelijke basis bestond voor een beroep op het verschoningsrecht.

367. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (ECLI:NL:HR:1985:AC9066), m. nt. WLH onder HR 25 oktober 1985, NJ 1986, 176 (*Notaris Maas*-beschikking).

368. *Notaris Maas*-beschikking r.o. 3.1.

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

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

Het aanmerken van het professionele verschoningsrecht als algemeen rechtsbeginsel betekent dat een rechter die zich geconfronteerd ziet met een beroep op het professionele verschoningsrecht, zich bij de beoordeling in principe zal baseren op het algemene rechtsbeginsel en niet slechts op de diverse wettelijke regelingen. Als gevolg daarvan is een uitspraak van de rechter over het verschoningsrecht in een strafzaak evenzeer relevant voor de rechter in een civiele procedure die te maken krijgt met een beroep op het verschoningsrecht.³⁷¹ Niettemin zal de nadruk op bepaalde facetten van het verschoningsrecht per rechtsgebied anders kunnen liggen. Zoals we zullen zien speelt het verschoningsrecht in strafzaken niet alleen een rol in de rechtszaal bij het horen van getuigen, maar meer nog bij het inzetten van dwangmiddelen tegen advocaten.³⁷²

De uitspraak is ook baanbrekend, omdat de Hoge Raad hierin nog duidelijker dan voorheen aangeeft dat de kring van verschoningsgerechtigden beperkt moet blijven.

Over het verschoningsrecht van de notaris overwoog de Hoge Raad dat:

“(...) de notaris behoort tot de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hoedanigheid wordt toevertrouwd, en aan wie in verband daarmee tevens het recht toekomt zich te dien aanzien ook ten overstaan van de rechter van het afleggen van getuigenis te verschonen.”

Het is algemeen aanvaard dat de formulering van de Hoge Raad ook betrekking heeft op het beroep van advocaat, arts en geestelijke.³⁷³ Voor advocaten geldt meer specifiek dat de grondslag moet worden gezocht in het algemene maatschappelijke belang van de onbelemmerde rechtshulp.³⁷⁴

De Hoge Raad heeft het professionele verschoningsrecht gekoppeld aan “zodanige vertrouwenspersonen”. Beroepsbeoefenaren die een verschoningsrecht hebben, hebben een beroep dat aan een aantal kenmerken voldoet. In het Liefdehuis-arrest uit 1913 werd dit door de Hoge Raad reeds betiteld als “de eigenaardige eischen van het beroep”.³⁷⁵ Deze eisen zijn in de loop van de tijd door de jurisprudentie nader ingevuld: de beroepsbeoefenaar moet een specifieke

371. Fanoy & Bannier 2008, p. 53. Zie ook Fernhout 2004, p. 169 e.v.

372. Zie hierna Hoofdstuk 5. Zie ook Fanoy & Bannier 2008, p. 53.

373. Deze vier beroepen worden in de context van het verschoningsrecht ook wel aangeduid als het ‘klassieke kwartet’. Fernhout 2004, p. 226. Zie ook Hazewinkel-Suringa 1959, p. 16, Verburg 1975, p. 82, Duijst 2008, p. 12.

374. Zie bijv. HR 22-06-1984, *NJ* 1985, 188 (ECLI:NL:HR:1984:AG4835). HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174 (ECLI:NL:HR:1985:AC9067).

375. HR 21 april 1913, *NJ* 1913, p. 958. De Hoge Raad legde in dit arrest voor het eerst de nadruk op de bijzondere eisen van het beroep.

deskundigheid hebben waarop een hulpzoekende is aangewezen; er moeten toelatingseisen zijn, in de zin van opleidings- of ervaringseisen; het werk van de beroepsbeoefenaar moet een duurzaam karakter hebben en van belang zijn voor de samenleving; de beroepsuitoefening moet gebonden zijn aan regels; en, het beroep kan niet worden uitgeoefend zonder de voorwaarde van geheimhouding.³⁷⁶

In Nederland is de heersende opinie dat het beroep van de advocaat in essentie nog steeds aan deze kenmerken voldoet.³⁷⁷ Wel is in de huidige tijd een punt van discussie welke werkzaamheden van de advocaat al dan niet tot zijn kerntaak horen.³⁷⁸

3.2.8 *Functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Nederland*

Uit het voorgaande komt naar voren dat de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt een algemeen maatschappelijk belang dient, dat erop gericht is aan de rechtzoekende onbelemmerde rechtshulp door de advocaat te garanderen. Het verlenen van rechtshulp, dat zowel bijstand in rechte als advisering omvat, is in de Nederlandse samenleving aan de advocaat toebedeeld. Om deze rechtshulp naar behoren te kunnen verlenen, moet een advocaat over alle relevante informatie beschikken. Er wordt vanuit gegaan dat cliënten advocaten niet zullen raadplegen danwel niet volledige openheid van zaken zullen geven, als zij niet erop kunnen vertrouwen dat zij zich *”vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene voor bijstand en advies”* tot hen kunnen wenden. Dit maatschappelijke belang van het *“vertrouwelijk met bepaalde beroepsbeoefenaars”*, waaronder advocaten, kunnen spreken prevaleert in het Nederlandse recht boven het maatschappelijke belang dat *“de waarheid in rechte aan het licht komt.”*

3.3 Grondslag en functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Frankrijk

3.3.1 *Inleiding*

In Frankrijk wordt het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt gewaarborgd door het beroepsgeheim van de advocaat, *le secret professionnel*.

376. Verburg heeft deze eisen overzichtelijk in kaart gebracht, Verburg 1975, p. 84-91.

377. Zie hierover nader Hoofdstuk 2 en 5.

378. Zie hierover par. 5.7.2 en 5.10.4.

Zoals in hoofdstuk 6 nader zal worden beschreven, brengt het *secret professionnel* met zich mee, dat de advocaat zijn beroepsgeheim ook tegenover de rechter en andere instanties kan invoeren.

In par. 3.3.2 zal ik ingaan op de achtergrond en wetshistorie van de eerste wettelijke bepaling waaruit het beroepsgeheim van de advocaat voortvloeit, art. 378 CP. In par. 3.3.3 zal ik stilstaan bij de grondslag van het *secret professionnel* en de verschillende theorieën die zich in de loop der tijd in de doctrine hebben ontwikkeld en in de jurisprudentie zijn toegepast. In par. 3.3.4 zal ik ingaan op het recht van de advocaat om ook tegenover de rechter en justitie te mogen zwijgen. In par. 3.3.5 zal ik aangeven wat de functie is van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Frankrijk.

3.3.2 Achtergrond en wetshistorie art. 378 Code Pénal

Code Pénal 1810

In Frankrijk werd in 1810 een nieuwe wettelijke bepaling ingevoerd, waarin schending van een zwijgplicht door bepaalde personen strafbaar werd gesteld.³⁷⁹ Artikel 378 CP uit 1810 stelde de openbaarmaking (*révélation*) door bepaalde personen van aan hen toevertrouwde geheimen strafbaar.³⁸⁰

Art. 378 CP luidde destijds als volgt:

*“Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu’on leur confie qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d’un emprisonnement d’un mois à six mois, et d’une amende de cents francs à cinq cents francs”.*³⁸¹

In deze eerste wettelijke bepaling werden degenen die een medisch beroep uitoefenden specifiek genoemd: de artsen, chirurgijnen³⁸² en andere *officiers de santé*

379. Lambert 2005, p. 12, 13, 210. Volgens Hazewinkel-Suringa is Frankrijk het eerste land dat in zijn *Code Pénal* de zwijgplicht heeft opgenomen, Hazewinkel-Suringa 1959, p. 37. Zie ook Bosch van Oud-Amelisweerd 1935, p. 12 en 13 die nog wijst op art. 317 van het Crimineel wetboek voor het Koninkrijk Holland van 1809, waarin het schenden van ambtsgeheimen strafbaar was gesteld.

380. Code Pénal 1810, datum van bekendmaking 22 februari 1810.

381. Deze bepaling was opgenomen in de titel aangaande aanslagen tegen personen. Art. 378 CP is nadien nog een aantal keer gewijzigd. Zie voor deze wijzigingen en de thans geldende tekst par 6.4.1.

382. Omstreeks de 17^e eeuw waren chirurgijnen vaak ook barbier. In de periode na 1790 werden ze ook wel aangeduid als *officiers de santé*. Chirurgijnen werden in ieder geval in verhouding tot *médecins* beschouwd als een inferieure beroepsgroep. Lambert 2005, p. 11 en 12.

– waarmee in de 19^e eeuw een groep onofficiële, vaak tweederangs, geneesheren werd bedoeld –, apothekers en vroedvrouwen. Meer in het algemeen werd daarnaast verwezen naar andere personen, die door stand of beroep werden geacht ‘geheimen te bewaren’.³⁸³

Uit de beknopte wetsgeschiedenis komt als belangrijke reden voor de strafbaarstelling van de openbaarmaking van geheimen naar voren, dat men het schaden van de eer en de reputatie van anderen door het prijsgeven van hun geheimen door degenen aan wie deze geheimen waren toevertrouwd, als een ernstig vergrijp beschouwde.³⁸⁴

Staatsraad Faure verwoordde het bij de totstandkoming van deze bepaling tijdens een sessie van het *corps législatif* van 7 februari 1810 als volgt:

*“(...) Ne doit-on pas en effet considérer comme un délit grave des révélations qui souvent ne tendent à rien moins qu’à compromettre la réputation de la personne dont le secret est trahi, à détruire en elle une confiance devenue plus nuisible qu’utile, à déterminer ceux qui se trouvent dans la même situation à mieux aimer être victimes de leur silence que de l’indiscrétion d’autrui; enfin à ne montrer que des traîtres dans ceux dont l’état semble ne devoir offrir que des êtres bienfaisants et des consolateurs.”*³⁸⁵

Kennelijk was het in die tijd schering en inslag dat veel ‘bewaarders van geheimen’ vanuit hun stand of beroep – en dan met name leden van de medische beroepsgroep –, het niet zo nauw namen met de aan hen toevertrouwde geheimen en daarmee vaak de spot dreven of deze geheimen prijsgaven door het verspreiden van indecente anekdotes. Een plicht om geheimen te bewaren vloeyde tot die tijd slechts voort uit de individuele moraal en was in de eerste plaats een ethische verplichting. De nieuwe wettelijke bepaling was bedoeld ter verheffing van het recht en de moraal.³⁸⁶

Art. 378 CP bepaalde dat de zwijgplicht opzij kon worden gezet door andere wettelijke plichten, op grond waarvan met het oog op de bescherming van hogere, publieke belangen aan de bewaarders van geheimen een aangifte-of meldplicht was opgelegd.³⁸⁷

383. Zie hierover Garçon 1956, p. 523.

384. Locré 1837, p. 445. Lambert 2005, p. 12. Garçon 1956, 516. Mollot 1842, p. 85 e.v.

385. Garçon 1956, p. 516. Locré 1837, p. 445, aant. 24. Muteau 1870, p. 8

386. Lambert 2005, p. 13. Locré 1837, p. 464, aant. 38, geeft de door Monseignant op 17 februari 1810 namens de wetgevende commissie aangevoerde rechtvaardiging voor deze bepaling weer. Volgens Monseignant was deze strafbepaling nieuw in de Franse wetgeving.

387. Lambert 2005, p. 10-13 en 41. Deze uitzondering was een overblijfsel uit de *Ancien Régime*, waar bijvoorbeeld chirurgijnen e.d. werden verplicht tot het melden van besmettelijke ziekten, of, in de tijd van Lodewijk XIV, ook tot het aangeven van de namen van gewonden die

Advocaten werden dus in de eerste wettelijke bepaling met betrekking tot de schending van een zwijgplicht niet specifiek genoemd, noch werd er in de wetgeschiedenis met zoveel woorden verwezen naar advocaten. In de literatuur wordt als mogelijke verklaring hiervoor genoemd, dat het beroep van advocaat door Napoléon bij Decreet van 11 september 1790 was afgeschaft.³⁸⁸ Ten tijde van de totstandkoming van de Code Pénal waren de ordes van advocaten nog niet in ere hersteld.³⁸⁹

Algemeen werd wel aangenomen dat advocaten gebonden waren aan een beroepsgeheim en onder de algemene omschrijving van art. 378 CP vielen.³⁹⁰ Ook in de tijd dat de advocatuur was “afgeschaft”, handhaafden de oud-advocaten onderling en in hun praktijkuitoefening de traditionele beroepsregels en gebruiken. Een groep Parijse advocaten, die bekend stond als ‘*les avocats du Marais*’, had een overeenkomst gesloten waarin de toen geldende beroepsregels waren vastgelegd en waarvan het beroepsgeheim een wezenlijk onderdeel uitmaakte.³⁹¹

3.3.3 Oorsprong en grondslag van het secret professionnel

In de Franse literatuur wordt benadrukt dat het beroepsgeheim van de advocaat samen met het medisch beroepsgeheim en het biechtgeheim historisch behoort tot de oudste der geheimen die in de westerse liberale samenleving bescherming genoten.³⁹² Als oudste van de beschermde geheimen wordt vaak het medisch beroepsgeheim genoemd, neergelegd in de eed van Hippocrates.³⁹³ Vervolgens kende men *le secret de la confession* (het biechtgeheim).³⁹⁴ Rond de 13e eeuw werd de openbare biecht gaandeweg vervangen door de individuele biecht (*confession*

waren verpleegd (bijvoorbeeld na onlusten). Volgens Lambert kan hieruit het relatieve karakter van de geheimhoudingsplicht worden afgeleid.

388. Zie ook art. 35, titel VII, par. 4 van het decreet van 15 juni 1791. Zie Viala & Beigner 2008, p. 233. Zie ook par. 2.3.2.

389. Dit gebeurde bij het Decreet van 14 december 1810. Zie hierover ook par. 2.3.2. In de *Code d'instruction criminelle* (die van kracht bleef tot 1958) werd ook niet van advocaten gesproken, maar van *conseil* (raadsman). Viala & Beigner 2008, p. 233.

390. Martin 2008, p. 219. Lambert 2005, p. 210.

391. Viala & Beigner 2008, p. 233-234.

392. Ader e.a. 2016, p. 491. Zie ook Lambert 2005, p. 7-12.

393. Ader e.a. 2016, p. 491. Lambert 2005, p. 7.

394. Volgens Viala & Beigner 2008 (p. 234) ligt het biechtgeheim aan de basis van zowel het beroepsgeheim van de advocaat als het beroepsgeheim van de arts. Hij wijst daarbij op de kerkelijke achtergrond van de juridische en medische wetenschap. Zie Lambert 2005, p. 9, die er op wijst dat de onschendbaarheid van het biechtgeheim reeds vanaf de 4^e eeuw werd aanvaard bij het concilie van Carthago.

auriculaire).³⁹⁵ Dit ging ook samen met de opkomst van de notie van het individu in de westerse samenleving.³⁹⁶ De advocaten, die in die tijd ook de rol van klerk³⁹⁷ vervulden, ontleenden aan het biechtgeheim de bescherming van hun eigen geheim of in ieder geval de erkenning ervan door de autoriteiten.³⁹⁸

Tijdens de *Ancien Régime* werd de openbaarmaking van een beroepsgeheim – voorzover dat al werd erkend – weliswaar verwerpelijk gevonden, maar het werd niet aangemerkt als een strafbaar feit (*fait punissable*).³⁹⁹ Het beginsel van geheimhouding was meer bedoeld ter bescherming van degenen die weigerden ten aanzien van hetgeen hen was toevertrouwd een verklaring in rechte af te leggen.⁴⁰⁰ Over de grondslag van het beroepsgeheim van de advocaat zijn in Frankrijk in de loop der tijd verschillende theorieën ontwikkeld. In het navolgende bespreek ik de belangrijkste.

De contractuele theorie

Ten tijde van de totstandkoming van de *Code Pénal* in 1810 werd er vanuit gegaan dat het beroepsgeheim van de advocaat met name diende ter bescherming van de relatie tussen advocaat en cliënt en een individueel belang diende.⁴⁰¹ Tot ver in de 19^e eeuw prevaleerde in de Franse doctrine de theorie dat een contractuele basis ten grondslag lag aan de verplichting van de advocaat tot het bewaren van aan hem toevertrouwde geheimen.⁴⁰² De contractuele theorie berustte op de aanname dat de relatie tussen de advocaat en de cliënt gebaseerd was op keuzevrijheid: de cliënt was vrij om zijn advocaat te kiezen en de advocaat was vrij een cliënt al dan niet aan te nemen en was dus slechts bij het accepteren van de opdracht verplicht vertrouwelijkheid te betrachten.⁴⁰³ In deze theorie kon de geheimhoudingsplicht ook door de wil van partijen worden opgeheven.⁴⁰⁴ Bezwaren die tegen deze theorie werden aangevoerd hielden in dat de relatie tussen een advocaat en de cliënt niet altijd op keuzevrijheid berustte, bijvoorbeeld indien een advocaat aan een

395. Viala & Beigner 2008, p. 234. Ader e.a. 2016, p. 491.

396. Viala & Beigner 2008, p. 234.

397. In de zin van geletterde, geestelijke.

398. Ader e.a. 2016, p. 491. Mollot 1842, p. 85 e.v.

399. Garçon 1956, p. 516.

400. Ader e.a. 2016, p. 491. Lambert 2005, p. 10.

401. Ader & Damien 2013, p. 338. Het individuele belang dat bescherming verdiende was met name de bescherming van de eer en de reputatie van degene die de informatie had toevertrouwd. Garçon 1956, p. 516. Lambert 2005, p. 19.

402. Dit zelfde uitgangspunt werd aanvaard voor het beroepsgeheim van de arts, de geestelijke en de notaris. Zie Lambert 2005, p. 17. Dal 2010, p. 113.

403. Lambert 2005, p. 17. De plicht tot geheimhouding vloeide stilzwijgend of uitdrukkelijk voort uit de contractuele relatie, zie Garçon 1956, p. 516.

404. Garçon 1956, p. 517. Lambert 2005, p. 17 en 19.

cliënt werd toegewezen (*la commission d'office*), of dat er ook beroepshalve geheimhoudingsplichten bestonden, terwijl er geen contractuele relatie was, bijvoorbeeld in geval van magistraten, politieagenten en dergelijke.

Enkele auteurs baseerden zich op de tekst van art. 378 CP uit 1810 en verdedigden als onderdeel van de contractuele theorie dat sprake was van een bewaaringsovereenkomst (*contrat de dépôt*).⁴⁰⁵ Eind 19^e eeuw werd reeds aanvaard dat deze theorie juridisch niet houdbaar was.⁴⁰⁶ De betekenis van '*dépositaire*' als bedoeld in art. 378 CP dekte niet de lading die het civiele recht gaf aan een "*contrat de dépôt*". Het bewaren van geheimen kon niet worden gelijk gesteld aan het in voorlopige bewaring geven van roerende zaken.⁴⁰⁷ Bovendien werd aangenomen dat de geheimhoudingsplicht niet alleen het door de cliënt toevertrouwde omvatte, maar ook bijvoorbeeld hetgeen de advocaat zelf had waargenomen of van derden had vernomen.⁴⁰⁸ Andere auteurs verdedigden dat de geheimhoudingsplicht gebaseerd was op een *contrat de louage de services* (arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht) of van een *contrat de mandat* (volmacht). Ook deze theorie bleek niet afdoende om als grondslag te dienen voor het beroepsgeheim.⁴⁰⁹

De verschillende stromingen van de contractuele theorie weerspiegelden allen de liberale en op het individu gerichte maatschappelijke instelling die in de 19^e eeuw prevaleerde, op grond waarvan werd aanvaard dat de geheimhoudingsplicht hoofdzakelijk een individueel belang diende: bescherming van het individu tegen aantasting van zijn eer of goede naam.⁴¹⁰ De contractuele theorie werd uiteindelijk te eenzijdig bevonden en afgewezen als grondslag voor het beroepsgeheim.⁴¹¹

De theorie van het algemeen belang/openbare orde

De contractuele theorie werd definitief verlaten in de periode dat Emile Garçon de Code Pénal becommentarieerde en het beginsel verdedigde dat het beroepsgeheim van de advocaat een algemeen belang van openbare orde diende.⁴¹² De omstandigheid dat schending van een geheimhoudingsplicht het belang van een individuele cliënt kan schaden, kan op zichzelf genomen nog niet als rechtvaardiging

405. "*personnes dépositaires... des secrets qu'on leur confie*". Lambert 2005, p. 18.

406. Ader & Damien 2013, p. 338. Viala & Beigner 2008, p. 235. Lambert 2005, p. 18.

407. Welke zaken ook uiteindelijk dienden te worden geretourneerd aan de bewaargever.

408. Lambert 2005, p. 18.

409. Lambert 2005, p. 18. Met name bleek deze theorie niet houdbaar voor de relatie arts-patiënt of biechtvader-biechteling. Bovendien kon hiermee niet worden verklaard dat de geheimhoudingsplicht nog voortduurt na beëindiging van de overeenkomst van opdracht of volmacht.

410. Lambert 2005, p. 18 en 19. Zie ook Garçon 1956, nr. 6.

411. Lambert 2005, p. 19.

412. Garçon 1956, nr. 7. Viala & Beignier 2008, p. 235. Ader e.a. 2016, p. 492.

dienen voor de strafbaarstelling van de schending van een zwijgplicht.⁴¹³ Daarvoor is nodig dat ook het algemeen belang wordt geraakt. Emile Garçon formuleerde het als volgt in een vaak aangehaald citaat:

“Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. Sans doute sa violation peut créer un préjudice aux particuliers, mais cette raison ne suffirait pas pour en justifier l’incrimination. La loi la punit parce que l’intérêt général l’exige [...]”.

Over het doel van de *secret professionnel* vervolgde hij als volgt:

*“Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur; mais ni le médecin, ni l’avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n’étaient assurées d’un secret inviolable. Il importe donc à l’ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soient imposé sans condition ni réserve car personne n’oserait plus s’adresser à eux si l’on pouvait craindre la divulgation du secret confié. Ainsi l’article 378 a pour but, moins de protéger la confiance d’un particulier que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous.”*⁴¹⁴

Het wordt dus als een algemeen maatschappelijk belang gezien dat een ieder zich in vertrouwen en zonder vrees voor openbaarmaking tot een arts, een advocaat of een geestelijke voor noodzakelijke en deskundige hulp, bijstand of advies kan wenden. Voor een goede beroepsuitoefening is het noodzakelijk dat deze *confidents nécessaires* over alle relevante informatie beschikken. Indien strikte geheimhouding niet zou kunnen worden gegarandeerd, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat bepaalde personen ervan worden weerhouden deskundige hulp te zoeken of dat ze niet alle relevante feiten zouden willen meedelen. En dit zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor het publieke belang van de volksgezondheid en het algemene belang van een goede rechtsbedeling.⁴¹⁵

Muteau was de eerste die in de doctrine verdedigde, dat het doel van de strafbaarstelling van de schending van de zwijgplicht was gelegen in het algemeen belang dat een onvoorwaardelijk vertrouwen kon worden gesteld in de

413. Lambert 2005, p. 19 en 20.

414. Garçon 1956, nr. 7. Dit citaat geldt in de doctrine als algemeen aanvaard rechtsbeginsel, zie Viala & Beigner 2008, p. 235. Zie ook Martin 2008, p. 223. Ader e.a. 2016, p. 492. Lambert 2005, p. 20.

415. Lambert 2005, p. 20. Zie ook Garraud 1935, nr. 2346.

beroepsuitoefening van voor de samenleving onmisbare beroepen.⁴¹⁶ De standpunten van Muteau en Garçon op dit punt worden in de doctrine thans algemeen aanvaard.⁴¹⁷

Ook in de jurisprudentie werd tegen het einde van de 19^e eeuw aanvaard dat de grondslag van de *secret professionnel* (hoofdzakelijk) was gelegen in het algemeen belang.⁴¹⁸ In een mijlpaalarrest van de *Cour de cassation* uit 1885, bekend onder de naam *Watelet*, stond het beroepsgeheim van een arts – dr. Watelet – centraal.⁴¹⁹ Eén van zijn patiënten, de schilder Bastien-Lepage, was overleden aan de gevolgen van tuberculose. De periode voor zijn overlijden had hij op aanraden van dr. Watelet aan de Côte d’Azur doorgebracht, omdat het klimaat aldaar bevorderlijk zou zijn voor zijn herstel. Na het overlijden van de schilder verschenen in de schandaalpers berichten die insinueerden dat hij zou zijn overleden aan de gevolgen van syfilis. Dr. Watelet voelde zich toen geroepen om de reputatie van de schilder te redden en schreef de krant een brief waarin hij mededelingen deed over de werkelijke doodsoorzaak. Hij werd hierna vervolgd en veroordeeld voor de schending van zijn beroepsgeheim.

De *Cour de Cassation* heeft toen bepaald dat de wetgever met de strafbaarstelling van de schending van aan bepaalde personen uit hoofde van hun beroep of stand opgelegde geheimhoudingsplicht, de voor de beroepsuitoefening door deze personen noodzakelijke vertrouwelijkheid – en daarmee ook het vertrouwen in de beroepsuitoefening door deze *confidants nécessaires* – heeft willen garanderen. De *Cour de cassation* heeft vanaf die periode herhaaldelijk in uitspraken de bewaarders van geheimen in de zin van art. 378 CP aangeduid als *confidants nécessaires*.⁴²⁰

416. Lambert 2005, p. 20. Muteau 1870, 2, 6, 15 en 444. Zie ook Garçon 1956, p. 524.

417. Lambert 2005, p. 20. Zie echter R. Martin, die ook de dubbele grondslag benadrukt van het beroepsgeheim, te weten, naast de bescherming van het algemeen maatschappelijke belang, ook het individuele belang van de cliënt bij bescherming van vertrouwelijkheid, p. 220. Ader e.a. 2016, p. 493.

418. Dit gold met name ten aanzien van het beroepsgeheim van de *confidants nécessaires*, waarbij werd bedoeld: artsen, advocaten en geestelijken. Alleen voor deze groep werd het gerechtvaardigd geacht dat een absoluut beginsel gold en dat geheimhouding prevaleerde boven een ander belangrijk maatschappelijk belang, dat van de waarheidsvinding. Zie hierover Garçon 1956, p. 517.

419. Cass. Crim 15 december 1885, *D.* 1886, I, 347. In dit arrest kwam ook een einde aan het tot dan aanvaarde uitgangspunt dat opzet (*intention de nuire*) een wezenlijk bestanddeel was van de delictomschrijving van art. 378 CP.

420. Viala & Beigner, p. 235 en 236. Zie bijv. Cass. Crim. 19 nov. 1985, *Bull. Crim.*, nr. 363: "Ce que la loi a voulu garantir, c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt general et d'ordre public, fait d'elle un confident nécessaire."

3.3.4 'Verschoningsrecht' van de advocaat

Het *secret professionnel* omvat zowel een voor het beroep van advocaat noodzakelijk recht op vertrouwelijkheid van de communicatie met de cliënt als een noodzakelijke geheimhoudingsplicht van de advocaat. De advocaat kan met een beroep op het *secret professionnel* ook ten aanzien van de rechter en andere openbare autoriteiten, waaronder de opsporing- en vervolgingsautoriteiten, weigeren vertrouwelijke communicatie met zijn cliënt te openbaren. In 1826 oordeelde de *Cour de Cassation* reeds dat een advocaat die als getuige wordt opgeroepen mag weigeren de eed af te leggen.⁴²¹ In een uitspraak van 23 juli 1830 bepaalde de *Cour de Cassation* dat advocaten en *avoués* niet hoefden te getuigen omtrent feiten die hen, in hun hoedanigheid, bekend waren geworden in de rechtszaak van hun cliënten. Deze maatregel van openbare orde vloeide volgens de *Cour* voort uit de jurisprudentie, ter bescherming van het 'heilige' recht op verdediging.⁴²² In een uitspraak van 11 mei 1844 heeft de *Cour de cassation* aan het *secret professionnel* het verschoningsrecht verbonden en verklaard dat de *secret professionnel* 'absolu et d'ordre public' is.⁴²³ Sindsdien kan in beginsel niemand, zelfs de cliënt niet, de advocaat dwingen tot het doen van mededelingen omtrent hetgeen onder de *secret professionnel* valt.⁴²⁴

3.3.5 Functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Frankrijk

In Frankrijk wordt de advocaat beschouwd als één van de *confidants nécessaires*: een beroepsbeoefenaar waarvan men het in het algemeen belang acht dat men deze in volstrekte vertrouwelijkheid kan raadplegen. Het wordt als een algemeen maatschappelijk belang gezien dat ieder zich in vertrouwen en zonder vrees voor openbaarmaking tot een arts, een advocaat of een geestelijke voor noodzakelijke en deskundige hulp, bijstand of advies kan wenden. Een advocaat dient daartoe, als *confident nécessaire*, met het oog op een goede beroepsuitoefening over alle relevante informatie te beschikken. Indien strikte geheimhouding niet zou kunnen worden gegarandeerd zou dit tot gevolg kunnen hebben dat bepaalde personen

421. Cass. Crim. 20 januari 1826, aangehaald door Bruijn 1892, p. 27. Zie ook Fernhout 2004, p. 15. Zie Muteau 1870, p. 88, 89 en Mollot 1842, p. 86: advocaten hadden wel een verschijnplicht.

422. Cass. Crim. 23 juli 1830, *J. du droit crim.* 1830, p. 300. Bruijn 1892, p. 29 en 30.

423. Pimienta 1937, p. 21 en 29 e.v. Muteau 1870, p. 435 e.v. Zie ook W. 518. Zie Hazewinkel-Suringa 1959, p. 37. Fernhout 2004, p. 15.

424. Dal 2010, p. 113.

ervan worden weerhouden deskundige hulp te zoeken of dat ze niet alle relevante feiten zouden mededelen. Dit zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor (onder meer) het belang van een goede rechtsbedeling. Het wordt dus in het algemeen belang geacht dat in de beroepsuitoefening van voor de samenleving onmisbare beroepen, zoals dat van de advocaat, een onvoorwaardelijk vertrouwen kan worden gesteld.⁴²⁵

3.4 Grondslag en functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Engeland

3.4.1 Inleiding

In het Engelse recht wordt reeds lang aanvaard dat de verhouding tussen een advocaat en zijn cliënt voor de advocaat een verplichting tot vertrouwelijkheid (*obligation of confidentiality*) met zich meebrengt. In een rechtszaak uit 1836 verwoordde een van de rechters, *Judge Gaselee*, het als volgt:

“..the first duty of an attorney is to keep the secrets of his client. Authority is not wanted to establish that proposition.”⁴²⁶

Het beginsel van vertrouwelijkheid tussen een advocaat en zijn cliënt heeft raakvlakken met verschillende leerstukken, waaronder:⁴²⁷

- (i) de ethische, gedragsrechtelijke, plicht van een advocaat om hetgeen een cliënt hem heeft toevertrouwd geheim te houden;
- (ii) de *equitable breach of confidence doctrine*, die meer in het algemeen strekt tot bescherming van vertrouwelijke communicatie; en
- (iii) het beginsel van *legal professional privilege*, dat kort gezegd inhoudt, dat de advocaat en zijn cliënt niet verplicht kunnen worden documenten over te leggen of te openbaren, waaruit vertrouwelijke communicatie blijkt, en ook niet verplicht kunnen worden hieromtrent te getuigen.

In par. 3.4.2 zal ik kort ingaan op de grondslag van de geheimhoudingsplicht zoals deze voortvloeit uit de jurisprudentie en de doctrine, waaronder de *equity doctrine of confidentiality*. Het beginsel van *legal professional privilege* ligt in het

425. Hetgeen rechtvaardigt dat de schending van het beroepsgeheim van de advocaat strafbaar is gesteld.

426. *Taylor v Blacklow*, (1836) 3 Bing. (N.C.) 235. Toulson & Phipps 2006, p. 295.

427. Auburn 2000, p. 57. Auburn noemt ook nog de bekwaamheid (*competence*) van de advocaat om te getuigen.

verlengde van de verplichting tot geheimhouding van *solicitors* en *barristers* en kan worden vergeleken met het in Nederland geldende verschoningsrecht van de advocaat.

In par. 3.4.3 zal ik ingaan op de grondslag en de functie van *legal professional privilege* zoals deze zich tot en met de 19e eeuw hebben ontwikkeld. Hierbij zal ik ook ingaan op de twee sub-onderdelen van *legal professional privilege* die gaande weg werden onderscheiden, te weten *legal advice privilege* en *litigation privilege*. In de 20ste eeuw ontwikkelden de grondslag en de functie van beide genoemde sub-onderdelen van *legal professional privilege* zich enigszins los van elkaar. Ik zal de ontwikkeling van de grondslag voor *legal advice privilege* en *litigation privilege* in de 20ste eeuw dan ook afzonderlijk behandelen. In par. 3.4.4 zal ik ingaan op *legal advice privilege* en in par. 3.4.5 komt *litigation privilege* aan de orde. In par. 3.4.6 zal ik aangeven wat de functie is van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Engeland.

3.4.2 Grondslag van de geheimhoudingsplicht

Voor *solicitors* vloeit de verplichting tot geheimhouding van de met de cliënt gevoerde communicatie enerzijds voort uit de overeenkomst met de cliënt en berust deze anderzijds op de *equity doctrine of confidentiality*.⁴²⁸ Voor de *barrister* is de verplichting tot vertrouwelijkheid – tenzij de *barrister* rechtstreeks door een cliënt is ingeschakeld – gebaseerd op de *equity doctrine of confidentiality*.⁴²⁹ De overeenkomst met de cliënt brengt bijbehorende verplichtingen naar common law met zich mee en wordt nader ingevuld door de voor *solicitors* en *barristers* geldende gedragsregels.⁴³⁰ De geheimhoudingsplicht is enerzijds een rechtsplicht, anderzijds een gedragsrechtelijke, ethische verplichting van de advocaat.⁴³¹

De *equity doctrine of confidentiality* heeft betrekking op de verplichting om vertrouwelijkheid te betrachten in professionele communicatie. Hierbij gaat het niet alleen om communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt, maar bijvoorbeeld ook om communicatie tussen een dokter en zijn patiënt of tussen een geestelijke

428. Toulson & Phipps 2006, p. 295.

429. Toulson & Phipps 2006, p. 295. De *solicitor* is in de relatie tot de *barrister* vaak aan te duiden als de professionele cliënt. Hoewel de relatie *barrister-solicitor* niet vergelijkbaar is met de relatie tussen de *solicitor* en de leek-client, is een aantal verplichtingen dat geldt in de relatie *solicitor* – cliënt ook van toepassing in de relatie *barrister-solicitor*, zoals de verplichting om informatie van de cliënt vertrouwelijk te behandelen. Zie par. 2.4.7.

430. Zie hierover nader par. 2.4.7.

431. Zie H4 SRA Code of Conduct. Zie ook par. 7.3.2.

en degene die zich voor hulp of advies tot hem wendt.⁴³² De hieruit voortvloeiende plicht tot geheimhouding van vertrouwelijke communicatie kan worden afgedwongen door het instellen van rechtsmiddelen (*remedies*), zoals een gebods- of verbodsactie, een vordering tot vernietiging van documenten, een vordering tot vergoeding van schade, etc.⁴³³

Deze *equity* regel is gebaseerd op het algemene belang dat bepaalde vertrouwelijke communicatie moet worden beschermd.⁴³⁴ Het kan voorkomen dat de uit deze *equity* regel voortvloeiende vertrouwelijkheid moet wijken voor een ander, zwaarwegender belang. In dat geval kan in rechte openbaarheid van vertrouwelijke stukken worden verlangd.

Vertrouwelijkheid alleen is dus niet voldoende om zich te verzetten tegen de procedure van *disclosure*. Met de *disclosure* procedure wordt bedoeld de in Engeland van oudsher gebruikelijke procedure waarin partijen elkaar voorafgaand aan en tijdens een gerechtelijke procedure moeten voorzien van zoveel mogelijk feitelijk relevante informatie.⁴³⁵ Een voorbeeld van een zaak waarin vertrouwelijkheid moest wijken voor een ander maatschappelijk belang is de zaak *W v. Egdell*. Hierin moest het belang van een psychiatrische patiënt bij vertrouwelijkheid van een over hem opgesteld psychiatrisch rapport wijken voor het belang van de samenleving bij het voorkomen dat geestelijk gestoorde criminelen bij vervroeging worden vrijgelaten.⁴³⁶

Het wezenlijke verschil tussen vertrouwelijke communicatie met een advocaat en vertrouwelijke communicatie met een andere professional, is dat de advocaat en zijn cliënt zich kunnen beroepen op het *legal professional privilege* en in beginsel niet gedwongen kunnen worden om in rechte, of ten opzichte van toezichthoudende instanties, stukken met betrekking tot deze communicatie te overleggen of te openbaren, of om hierover als getuige te moeten verklaren.⁴³⁷ De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en cliënt is in Engeland door *legal professional privilege* meer beschermd dan de vertrouwelijke

432. Auburn 2000, p. 58. Andrews 2012, p. 70.

433. Andrews 2012, p. 70. Auburn 2000, p. 58. Toulson & Phipps 2006, H 10.

434. Auburn, p. 58. Pattenden 2003, p. 19. Zie ook *Att-Gen v. Guardian Newspapers (No 2)* [1988] 3 All ER 545, 640, 659. Het algemene belang prevaleert boven het individuele belang bij bescherming van vertrouwelijkheid.

435. Zie over *disclosure*, par. 7.4.

436. [1990] Ch. 359 (CA). Auburn 2000, p. 58, 59. Zie bijvoorbeeld ook: *Imerman v Tchenguiz* [2010] EWCA Civ 9008; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd v. Commissioners of Customs and Excise (No. 2)* [1974] AC at 433; *D v. NSPCC* [1978] AC 218, 230, 238-9; *McGuinness v Attorney-General (Vic.)*[1940] 63 CLR 73, 102-3 (HCA).

437. Voor de uitzonderingen op dit beginsel, zie hierna par. 7.8.

communicatie met andere professionals. In de woorden van Andrews: “*Privilege is confidentiality admitted to a higher level of legal protection.*”⁴³⁸

In de literatuur en jurisprudentie zijn diverse argumenten naar voren gebracht om het belang van de vertrouwelijkheid van communicatie met professionals te onderbouwen. Eén van de meest gehoorde argumenten is dat de samenleving geïndeed is met het bevorderen van een vrije en open communicatie met een professional: *unreserved candour*.⁴³⁹ Indien potentiële cliënten zich niet vrij en zonder vrees voor openbaarmaking tot een professional zouden kunnen wenden, zou dit tot gevolg kunnen hebben dat professionals niet meer worden ingeschakeld, dan wel dat niet volledige openheid wordt betracht in de contacten met de professional, aldus de voorstanders van dit argument.⁴⁴⁰ Het niet inschakelen of niet volledig informeren van een professional zou tot gevolg kunnen hebben dat deze minder goed in staat zou zijn om maatschappelijk ongewenst gedrag van (potentiële) cliënten of patiënten tegen te gaan.⁴⁴¹

Een empirisch onderzoek uit 1994 dat op advocaten betrekking had ondersteunt dit argument. Hieruit kwam naar voren dat advocaten een belangrijke rol spelen in het voorkomen van illegale gedragingen van hun cliënten.⁴⁴² Het belang van een vrije, open en door vertrouwelijkheid beschermde communicatie tussen professionals en hun cliënten is voor wat betreft communicatie met dokters en advocaten ook door de hoogste rechter erkend.⁴⁴³

Er zijn ook sceptici die het argument, dat openheid een noodzakelijke voorwaarde is voor een goede praktijkuitoefening en dat vertrouwelijkheid een noodzakelijke voorwaarde is voor openheid, in twijfel trekken.⁴⁴⁴ Een belangrijk punt van kritiek is dat – in ieder geval wat betreft advocaten – weinig tot geen empirisch onderzoek voorhanden is.⁴⁴⁵ Daarnaast wordt ook wel getwijfeld aan de mate van vertrouwelijkheid die aan cliënten gegarandeerd zou moeten worden

438. Andrews 2012, p. 70.

439. Pattenden 2003, p. 25. Auburn 2000, p. 64.

440. Pattenden 2003 verwijst op p. 25 naar Doyal 1997, p. 1-12; Tur 1998, p. 15-17.

441. Pattenden 2003, p. 25.

442. Pattenden 2003, p. 25. Nevine 1994, p. 81-97.

443. Pattenden 2003, p. 25. Zie voor advocaten meer specifiek de jurisprudentie over *legal professional privilege* die wordt besproken in H 7. Zie bijv. *Greenough v Gaskell*, (1833) 39 ER 618, 620-621; het belang van vertrouwelijkheid werd hier besproken in het kader van een beroep op *legal professional privilege*. Zie ook *R v. Derby Magistrates' Court, ex p B* [1995] 4 All ER 526, 540; *Bolkiah v KPMG* [1999] 1 All ER 517, 529; *R v McClure* [2001] SCC 14, par 2, 39.

444. Zie hierover uitgebreid Pattenden 2003, p. 26-28 en Auburn 2000, p. 65-78.

445. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld psychotherapeuten. Pattenden 2003, p. 27, wijst er op dat uit meerdere empirische onderzoeken kan worden geconcludeerd dat patiënten zich niet tot psychotherapeuten zouden wenden indien vertrouwelijkheid zou ontbreken.

om openheid van zaken te krijgen. In par. 3.4.3 zal ik nader ingaan op de ontwikkeling in de jurisprudentie met betrekking tot het argument van het bevorderen van *unreserved candour*.

3.4.3 Ontwikkeling grondslag en functie van *legal professional privilege* tot en met de 19e eeuw

(i) Inleiding

De vertrouwelijkheid van de communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt geniet in het Engelse recht, net als in het Nederlandse en het Franse recht, speciale bescherming. In deze paragraaf staat de grondslag en de functie van deze speciale bescherming, te weten het *legal professional privilege*, centraal.

Legal professional privilege is het overkoepelende privilege⁴⁴⁶ dat is opgebouwd uit twee hoofdonderdelen, te weten: *legal advice privilege* en *litigation privilege*. Kort gezegd beschermt *legal advice privilege* de communicatie tussen advocaat en cliënt met het oog op het geven of verkrijgen van juridisch advies, zowel in het kader van (voorgenomen, te verwachten of aanhangige) procedures als daarbuiten. *Litigation privilege* beschermt kort gezegd communicatie tussen een cliënt en/of zijn advocaat enerzijds en derden anderzijds, en documenten, opgesteld en uitgewisseld met het oog op en ter voorbereiding van een (voorgenomen, te verwachten of aanhangige) gerechtelijke procedure.⁴⁴⁷

(ii) Oorspronkelijke grondslag en zeggenschap

In de jurisprudentie vindt men al in de 16e eeuw een voorbeeld van een zaak waarin een beroep op (een voorloper van) *legal professional privilege* werd gehonoreerd.⁴⁴⁸ In de zaak *Berd v Lovelace* (1577), kon *solicitor* Thomas Hawtry niet worden verplicht te getuigen omtrent de zaak die hij voor een cliënt in behandeling had.⁴⁴⁹ Deze beslissing werd gewezen kort na de invoering van de *Statute on*

446. Voor de vaststelling dat *legal professional privilege* één overkoepelend privilege is, zie *Three Rivers* 6, par. 105 (Lord Carswell). De overige leden van de *Appellate Committee* sloten zich hierbij aan (par. 45, 49, 61 en 119). Thanki 2011, p. 6.

447. Zie hierover uitgebreid H 7.

448. Thanki 2011, p. 8. Zie ook *R v Derby Magistrates Court, ex p B* [1996] 1 AC 487, 504 (HL). Zie ook Wigmore & McNaughton 1961, p. 542-545, die stellen dat *legal professional privilege* al werd erkend ten tijde van Elisabeth I. Holdsworth 1944, p. 201. Auburn 2000, p. 2-3, vermoedt zelfs dat *legal professional privilege* ook daarvoor al werd erkend in de *Chancery Court*.

449. (1577) Cary 62. Dit is de oudste geciteerde uitspraak op dit gebied in Holdsworth 1944, p. 201-202. Zie ook de zaak *Dennis v. Codrington* (1580) Cary 100, waarin deze regel ook van toepassing werd verklaard op iemand die in hoedanigheid van *counsel* optrad.

Perjury in 1562, waarin voor het eerst werd vastgelegd dat alle bekwame (*competent*) personen verplicht konden worden tot het afleggen van getuigenis.⁴⁵⁰

De grondslag van het privilege heeft zich gaandeweg ontwikkeld. In de loop der tijd is deze grondslag verschillend geïnterpreteerd. Tot halverwege de 18^e eeuw werd aangenomen dat het privilege diende ter bescherming van 'de eer van de stand' van de advocaat.⁴⁵¹ De eer van de stand van de advocaat bracht met zich mee dat hij niet verplicht kon worden om te openbaren wat hem in vertrouwen was meegedeeld. Deze zogenaamde '*honour theory*' werd in 1776 afgewezen in de *Duchess of Kingston's Case*.⁴⁵²

Er zijn ook historici die wijzen op andere oorspronkelijke grondslagen, zoals het privilege van de cliënt tegen *self-incrimination* en de regel die getuigenbewijs door partijen verbodt.⁴⁵³

Als onderdeel van de '*honour theory*' maar ook daarnaast, werd lange tijd aangenomen dat het privilege aan de advocaat toekwam, met andere woorden, dat het ter discretie van de advocaat was om te bepalen of hij in een bepaalde zaak van een cliënt al dan niet een getuigenverklaring zou afleggen. In de zaak *Wilston v Rastall* (1792) werd definitief aanvaard dat de zeggenschap over het privilege toekwam aan de cliënt, die als enige het recht had om afstand te doen van het privilege.⁴⁵⁴ Aan het einde van de 18^e eeuw was de stand van het recht aldus, dat zolang de cliënt geen afstand had gedaan van het privilege een advocaat niet het recht had om te getuigen en een rechter een advocaat ook niet kon bevelen om een getuigenverklaring af te leggen.

(iii) *Legal professional privilege en de relatie met een procedure; ontwikkeling in de 19e eeuw*

De grondslag voor het *legal professional privilege* was tegen het einde van de 18^e eeuw nog niet uitgekristalliseerd. Er werd lange tijd aangenomen dat het privilege slechts gelding had in de context van (voorgenomen, verwachte of aanhangige) gerechtelijke procedures.⁴⁵⁵ Twee belangrijke uitspraken die in 1833 werden

450. 5 Eliz. 1, c.9. Zie hierover Holdsworth 1944, p. 185, 197 e.v.

451. Zie *R v Derby Magistrates Court, ex p B* [1996] 1 AC 487, 504 (HL): "A lawyer ought not, in honour, to be required, to disclose what he had been told in confidence". Wigmore & McNaughton 1961 p. 543 e.v. Holdsworth 1944, p. 202.

452. (1776) 20 S.T. Tr 355; (1776) 1 East PC 469. Holdsworth 1944, p. 202.

453. Zie Pattenden 2003, p. 539, die verwijst naar: Hazard 1978, p. 1061-1070. Holdsworth 1944, p. 202.

454. *Wilston v Rastall* (1792) 4 Durn & E 753. Zie ook *R v Derby Magistrates Court, ex p B* [1996] 1 AC 487, 504-5 (HL). Zie hierover ook Holdsworth 1944, p. 202, 203.

455. Pattenden 2003, p. 539. Thanki 2011, p. 8.

gewezen markeerden een belangrijke stap in de ontwikkeling van de grondslag en reikwijdte van *legal professional privilege*.

Bolton v Liverpool Corporation

In de civiele zaak *Bolton v Liverpool Corporation* verzocht de verweerder om inzage in de stukken die de wederpartij aan zijn advocaat had verstrekt met het oog op het verkrijgen van advies.⁴⁵⁶ Dit verzoek werd geweigerd. Hierbij werd overwogen dat een partijgetuige in beginsel verplicht kon worden te getuigen omtrent zijn gedachten en zijn wetenschap met betrekking tot zijn eigen zaak, maar dat de partijgetuige niet verplicht kon worden te getuigen omtrent hetgeen hij aan zijn *counsel* of *solicitor* had medegedeeld met betrekking tot een voorgenomen of reeds aanhangige gerechtelijke procedure.

Greenough v Gaskell; eerste erkenning van sub-onderdeel legal advice privilege

In de zaak *Greenough v Gaskell* werd aangenomen dat het *legal professional privilege* zich ook buiten de context van een procedure uitstreckte, te weten ook tot communicatie tussen een advocaat en zijn cliënt met het oogmerk van het verlenen of verkrijgen van juridisch advies.⁴⁵⁷ Lord Brougham verwoordde dit als volgt:

'If it were confined to proceedings begun or in contemplation, then every communication would be unprotected which a party makes with a view to his general defence against attacks which he apprehends, although at the time no one may have resolved to assail him. But were it allowed to extend over such communications, the protection would be insufficient, if it only included communications more or less connected with judicial proceedings: for a person often-times requires the aid of professional advice upon the subject of his rights and his liabilities, with no reference to any particular litigation, and without any other reference to litigation generally than all human affairs have, in so far as every transaction may, by possibility, become the subject of judicial enquiry[....] If the privilege were confined to communications connected with suits begun, or intended, or expected, or apprehended, no one could safely adopt such precautions as might eventually render any proceedings successful, or all proceedings superfluous.'

In deze zaak werd aldus uitgemaakt dat voor de bescherming van communicatie door *legal professional privilege* geen link met een procedure was vereist. Ook

456. (1833) 1 M. & K. 88

457. (1833) 1 M & K 98, 103.

degene die een advocaat inschakelt omdat hij advies nodig heeft over zijn rechten en verplichtingen in een bepaalde situatie zou vertrouwelijk met zijn advocaat moeten kunnen communiceren.

Deze conclusie van Lord Brougham werd gevolgd in een aantal belangrijke 19^e eeuwse uitspraken, doch ook – beperkt – tegengesproken, in een aantal andere zaken in dezelfde periode.⁴⁵⁸

Er leek een voorlopig einde te komen aan de controverse met de beslissing van de *Court of Appeal* in *Minet v Morgan* in 1873.⁴⁵⁹ In deze zaak was aan de orde de vraag of vertrouwelijke correspondentie gewisseld tussen de eiser in de procedure – en in het verleden zijn moeder – enerzijds en hun advocaten anderzijds onder de bescherming van *legal professional privilege* viel. De correspondentie had deels betrekking op de onderhavige procedure maar betrof ook deels vragen die weliswaar betrekking hadden op de kwestie in geschil, maar los stonden van de onderhavige procedure. Onder verwijzing naar de stapsgewijze ontwikkeling die deze vraag in de jurisprudentie had doorgemaakt, concludeerde Lord Selborne dat het inmiddels buiten kijf stond dat ook vertrouwelijke correspondentie met een advocaat buiten de context van een voorgenomen, verwachte of bestaande procedure onder de bescherming van *legal professional privilege* viel.

Greenough v Gaskell; nadere bepaling grondslag

In *Greenough vs Gaskell* werd de grondslag van *legal professional privilege* nader bepaald. Voor deze uitspraak was lange tijd de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt als belangrijkste grondslag aangemerkt.⁴⁶⁰ In deze uitspraak werd *legal professional privilege* aangemerkt als een belang van openbare orde en werd aangenomen dat dit privilege van groot belang was met het oog op de goede rechtsbedeling. Lord Brougham overwoog met betrekking hiertoe het volgende:

‘The foundation of this rule is not difficult to discover. It is not (as has sometimes been said) on account of any particular importance which the law

458. Zie hierover Thanki 2011, p. 8, 9. Voorbeelden van uitspraken waarin een ruime uitleg van de doctrine werd aangehangen: *Bolton v Liverpool Corporation* (1833) 1 M & K 88, p. 94-5 (Lord Brougham); *Pearse v Pearse*, (1846), 1 DE G. & SM. 12, 31; *Manser v. Dix*, (1855) K. & J. 451, 461; *Lawrence v. Campbell*, (1859) 4 Drew 485, 491. Voor een meer beperkte uitleg van de doctrine zie bijvoorbeeld de volgende uitspraken: *Storey v Lord Lennox* (1836) 1 Keen 341, 349-50; *Nias v Northern and Eastern Railway Co* (1838) 3 M & Cr 355; *Original Hartlepool Collieries v Moon* (1874) 30 LT 585. Zie hierover ook *Three Rivers 6*, par. 92 (Lord Carswell).

459. (1873) LR 8 Ch App 361, 366. Thanki 2011, p. 9.

460. Zie hierover bijvoorbeeld de hierna onder (iii) te bespreken uitspraak in *Three Rivers 6*.

attributes to the business of legal professors, or any particular disposition to afford them protection, though certainly it may not be very easy to discover why a like privilege has been refused to others, and especially to medical advisers. But it is out of regard to the interests of justice, which cannot be upholden, and to the administration of justice, which cannot go on without the aid of men skilled in jurisprudence, in the practice of the courts, and in those matters affecting rights and obligations which form the subject of all judicial proceedings. If the privilege did not exist at all, every one would be thrown upon its own legal resources; deprived of all professional assistance, a man would not venture to consult any skilful person, or would only dare to tell his counsellor half his case.'

Met deze uitspraak kwam vast te staan dat het in het algemeen belang van de rechtspleging (*the interests of justice*) en van een goede rechtsbedeling (*administration of justice*) is dat een cliënt zich zowel in als buiten rechte tot een juridisch deskundige, de advocaat, kan richten voor bijstand en advies, en daarbij volledige openheid kan betrachten, zonder te moeten vrezen voor openbaarmaking van zijn geheimen. Het ontbreken van gegarandeerde vertrouwelijkheid zou tot gevolg kunnen hebben dat een rechtzoekende geen deskundig adviseur zou inschakelen, of niet volledig open zou durven zijn over de achtergrond van zijn zaak.

(iv) *Ontwikkeling litigation privilege*

Tot ver in de tweede helft van de 19e eeuw concentreerden de vragen omtrent de grondslag en reikwijdte van *legal professional privilege* zich op de bescherming van tussen advocaat en cliënt gewisselde documenten en vertrouwelijke communicatie. Hoewel in de hiervoor genoemde uitspraken werd gesproken over *legal professional privilege*, ging het in deze uitspraken in feite om wat we tegenwoordig *legal advice privilege* noemen. Het later ontwikkelde tweede sub-onderdeel van *legal professional privilege*, het beginsel van *litigation privilege*, is (mede) gebaseerd op een andere grondslag.

Aan het einde van de 19e eeuw zijn drie uitspraken geweest die – achteraf gezien – van belang zijn geweest voor de ontwikkeling van wat we nu aanmerken als het sub-onderdeel van *legal professional privilege: litigation privilege*.⁴⁶¹ In de tijd dat deze uitspraken zijn geweest werd het onderscheid tussen beide sub-onderdelen nog niet helder gemaakt en in deze uitspraken werd de benaming *litigation privilege* nog niet gebruikt en ging het om *legal professional privilege* in het algemeen.

461. *Anderson v Bank of British Columbia* (1876), *The Southwark and Vauxhall Water Company v Quick* (1878), en *Wheeler v Le Marchant* (1881). Thanki 2011, p. 9, 12 en 13. Zie ook *Three Rivers* 6, par. 96.

Anderson v Bank of British Columbia

In *Anderson v Bank of British Columbia*⁴⁶² was de vraag aan de orde of een brief van de directeur van een filiaal van de bank in Columbia die gericht was aan de general manager van het hoofdkantoor van de bank in Londen onder de bescherming van *legal professional privilege* viel. De brief was opgesteld en verstuurd op verzoek van de general manager van de bank in Londen, om opheldering te geven over bepaalde feiten die door de wederpartij – *Anderson* – in een sommatiebrief waren gesteld. De briefwisseling had plaatsgevonden voordat door *Anderson* tegen de bank een procedure werd gestart.

Zowel in eerste aanleg als in appel werd aan de *Bank of British Columbia* ten aanzien van die brief een beroep op *legal professional privilege* ontzegd, kort gezegd omdat de brief werd aangemerkt als een intern document van de bank en niet aannemelijk werd geacht dat de brief was opgesteld met het oog op het verkrijgen van juridisch advies van een advocaat. In deze zaak werd de stand van de jurisprudentie als volgt samengevat: De bescherming van het privilege reikt verder dan de rechtstreekse communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt. Onder de reikwijdte van het privilege valt ook vertrouwelijke communicatie die via derden verloopt. Ook geldt het privilege indien een advocaat of een door hem ingeschakelde derde (dat kan ook de cliënt zijn) nadere informatie opvraagt bij derden, mits de communicatie in verband staat met een voorgenomen of aanhangige procedure.

Over de grondslag van dit beginsel, waarmee in feite de bescherming van het privilege werd uitgebreid tot communicatie met of via derden, mits die communicatie gevoerd wordt in de context van een (aanstaande) procedure, overwoog *James L.J.* (in appel):

“I think they may possibly all be based upon this, which is an intelligible principle, that as you have no right to see your adversary’s brief, you have no right to see that which comes into existence merely as the materials for the brief.”

Het beginsel strekt dus (mede) tot bescherming van het recht van iedere partij om in vertrouwelijkheid zijn procespositie te kunnen voorbereiden. Er werd in deze uitspraak door *Mellish, L.J.* overigens wel al met zoveel woorden verwezen naar “*two classes of privilege*”:

“(..) that a man is not bound to disclose confidential communications made between him and his solicitor, directly, or through an agent who is to communicate

462. (1876) 2 Ch D 644.

them to the solicitor; or, secondly, that he is not bound to communicate evidence which he has obtained for the purpose of litigation”.

Southwark and Vauxhall Water Company v Quick

In *Southwark and Vauxhall Water Company v Quick*⁴⁶³ werd de regel nog nader uitgewerkt. Ook documenten die, al dan niet op verzoek van de behandelend advocaat worden opgesteld in verband met een voorgenomen procedure, vallen onder *legal privilege* mits ze te goeder trouw zijn opgesteld met de intentie om ze aan de advocaat voor te leggen ter verkrijging van zijn advies. Het is bovendien niet relevant of de stukken uiteindelijk aan de advocaat zijn voorgelegd of niet. In deze zaak werd aangenomen dat hiervan sprake was, zodat het verzoek van *Quick* om inzage te krijgen in notities van *Southwark and Vauxhall Water Company* werd afgewezen. De notities waren op eigen initiatief opgesteld met als doel ze aan een advocaat voor te leggen ter onderbouwing van een claim en waren nog niet allemaal aan de advocaat voorgelegd.

Wheeler v Le Marchant

In *Wheeler v Le Marchant*⁴⁶⁴ trachtte de verweerder in de procedure – *Le Marchant* -correspondentie die was uitgewisseld tussen zijn advocaat en de *surveyor* van verweerder onder de bescherming van *legal professional privilege* te brengen. De correspondentie had plaatsgevonden vóór aanvang van een gerechtelijke procedure op initiatief van de advocaat, teneinde bepaalde informatie te krijgen die de advocaat nodig had om zijn cliënt beter te kunnen adviseren. Een dergelijke uitbreiding van *legal professional privilege* werd in hoger beroep afgewezen en niet noodzakelijk geacht voor de vrije communicatie met een advocaat ter verkrijging van zijn juridisch advies.

In deze uitspraak werden de regels nogmaals op een rijtje gezet en nader verijnd. Communicatie tussen de advocaat en de cliënt buiten de context van een juridische procedure is beschermd, ook indien de cliënt zich bij de communicatie met zijn advocaat door een derde laat vertegenwoordigen of indien de advocaat zich bij deze communicatie door een ondergeschikte laat vertegenwoordigen. Indien sprake is van een voorgenomen, te verwachten of aanhangige procedure, valt ook de bewijsverzameling door de advocaat (en communicatie met derden in dit verband) met het oog op het instellen van een procedure of de verdediging in de procedure onder de bescherming van *legal professional privilege*.

463. (1878) 3 QBD 315.

464. (1881) 17 Ch D 675.

In deze zaak had de *surveyor* weliswaar werkzaamheden voor de cliënt verricht, maar die werkzaamheden waren er niet op gericht om het juridisch advies van een advocaat te verkrijgen. De *surveyor* kon niet in de hierboven bedoelde zin als vertegenwoordiger van de cliënt in de communicatie met de advocaat worden aangemerkt. Ook stond vast dat de advocaat de *surveyor* niet had ingeschakeld in verband met een voorgenomen of aanhangig rechtsgeding. Indien dit wel was komen vast te staan zou de communicatie wel onder de bescherming van *legal professional privilege* kunnen vallen. Het zou dan immers gaan om communicatie met een derde ter voorbereiding van een aanstaande procedure.

De lijn die volgde uit genoemde drie uitspraken, was dat voortaan ook documenten en communicatie die buiten de vertrouwensrelatie advocaat-client waren tot stand gekomen of uitgewisseld onder de bescherming van *legal professional privilege* konden vallen, zij het dat er wel een verband werd verlangd met een voorgenomen, verwachte of aanhangige procedure.

De rechtvaardiging voor deze uitbreiding werd (onder meer) gezocht in de specifieke kenmerken van een adversaire procedure, op grond waarvan een partij in de procedure geen recht heeft op inzage van de *brief* van de tegenpartij, en dus ook niet op inzage in de voorbereidende stukken.⁴⁶⁵

3.4.4 Ontwikkeling grondslag *legal advice privilege* vanaf de 20ste eeuw

In de 20^{ste} eeuw bouwde de jurisprudentie voort op het uitgangspunt dat *legal professional privilege* het algemeen belang van de rechtspleging en van een goede rechtsbedeling dient, en meer specifiek het belang dat iedere cliënt zich in vertrouwen tot een advocaat voor bijstand en advies moet kunnen wenden.⁴⁶⁶

(i) *Legal advice privilege; belangenafweging*

Het duurde tot ver in de 20ste eeuw dat in een gezaghebbende uitspraak duidelijk werd uitgesproken dat de grondslag van het *legal professional privilege* (ten aanzien van de communicatie tussen de cliënt en zijn advocaat) gebaseerd was op een afweging van twee botsende algemene maatschappelijke belangen, waarbij het algemeen belang dat wordt gediend door *legal professional privilege* diende te prevaleren.

Aan de uitspraak waarin dit werd bepaald, *R v Derby Magistrates Court, ex p B*, lagen de volgende feiten ten grondslag.⁴⁶⁷ In 1978 was een 16-jarig meisje

465. Zie ook *Three Rivers 6*, par. 96-99. Thanki 2011, p. 9.

466. Zie bijvoorbeeld *Balabel v Air India (C.A)* 1988, 1Ch, 317,332 (p. 324 en 330).

467. [1996] 1 A.C. 487, 513.

omgebracht, in verband waarmee appellant in deze zaak destijds was gearresteerd. Nadat appellant aanvankelijk een bekentenis had afgelegd, had hij kort voordat de zaak voor de rechter kwam zijn verklaring ingetrokken en verklaard dat niet hij maar zijn stiefvader het meisje had vermoord. Appellant werd in de toenmalige rechtszaak vrijgesproken.

In 1992 werd de stiefvader gearresteerd voor de moord op het meisje en stond hij terecht in *committal proceedings*. In deze procedure verlangde de stiefvader inzage in bepaalde documenten waaruit de instructies van appellant aan zijn toenmalige advocaat ten tijde van de moord zouden blijken. De behandelende rechter in eerste aanleg (*stipendiary magistrate*) maakte een belangenafweging tussen het algemene belang van bescherming van vertrouwelijke communicatie met een advocaat enerzijds en het algemene belang dat het relevante bewijs beschikbaar zou moeten zijn voor de verdediging anderzijds en liet in deze zaak het belang van de verdediging prevaleren. De rechter in eerste aanleg maakte dus een individuele belangenafweging. De *Divisional Court* liet deze beslissing in appel in stand.

Bij de behandeling van deze zaak door de House of Lords stond de vraag centraal of bij een beroep op *legal professional privilege* wel ruimte was voor een belangenafweging door de rechter op grond van de individuele feiten en omstandigheden in een zaak.⁴⁶⁸

De twee 'botsende' belangen werden door Lord Nicholls als volgt omschreven:

“Legal professional privilege is concerned with the interaction between two aspects of the public interest in the administration of justice. The public interest in the efficient working of the legal system requires that people should be able to obtain professional legal advice on their rights and liabilities and obligations. This is desirable for the orderly conduct of every day affairs. Similarly, people should be able to seek legal advice and assistance in connection with the proper conduct of court proceedings. To this end communications between clients and lawyers must be inhibited [...]

*The other aspect of the public interest is that all relevant material should be available to courts when deciding cases. Courts should not have to reach decisions in ignorance of the contents of documents or other material which, if disclosed, might well affect the outcome.*⁴⁶⁹

468. Een dergelijke belangenafweging door de rechter had bijvoorbeeld plaatsgevonden in *Reg v Barton* (1973) 1 WLR 115 en in *Reg v Ataou* (1988) Q.B. 798, maar de vraag was of dit terecht was.

469. [1996] 1 AC 487, 510 (HL).

Het gaat dus enerzijds om het algemene belang dat een rechter moet kunnen beschikken over alle relevante informatie om een uitspraak te kunnen wijzen (volledig en juist geïnformeerd moet zijn), en anderzijds het algemene belang dat voor de goede werking van het rechtssysteem een ieder toegang moet hebben tot professioneel juridisch advies en daarbij verzekerd moet zijn van onbelemmerde communicatie met een advocaat. Na een uitvoerige historische analyse van oude rechtspraak formuleerde Lord Taylor of Gosforth de grondslag van *legal professional privilege* als volgt:

“In Balabel v Air India (1988) Ch 317 the basic principle justifying legal professional privilege was again said to be that a client should be able to obtain legal advice in confidence. The principle which runs through all these cases, and the many other cases which were cited, is that a man must be able to consult his lawyer in confidence, since otherwise he might hold back half the truth. The client must be sure that what he tells his lawyer in confidence will never be revealed without his consent. Legal professional privilege is thus much more than an ordinary rule of evidence, limited in its application to the facts of a particular case. It is a fundamental condition on which the administration of justice as a whole rests...once any exception to the general rule is allowed, the client's confidence is necessarily lost.”

Legal professional privilege is dus veel meer dan een bewijsrechtelijke regel waarvan de toepassing afhankelijk zou zijn van de individuele omstandigheden van een zaak. Daarbij wijst Lord Taylor of Gosforth erop dat een individuele belangenafweging op grond van de merites van een zaak in strijd zou zijn met de reeds lang aanvaarde regel dat een document beschermd blijft door *legal professional privilege* zolang de cliënt er geen afstand van heeft gedaan: ‘once privileged, always privileged’.⁴⁷⁰ Een cliënt moet daar onvoorwaardelijk op kunnen vertrouwen; het toestaan van uitzonderingen op het algemene beginsel aan de hand van een ad hoc beoordeling van de omstandigheden van een zaak zou afbreuk doen aan dit vertrouwen. Bovendien zou een individuele belangenafweging in strijd komen met de regel dat de weigering van een cliënt om afstand te doen van *legal professional privilege* om wat voor reden dan ook, door de rechter niet kan worden onderzocht of in twijfel getrokken.⁴⁷¹

470. Zie ook *Greenough v Gaskell; Grant v Downs* (1976) 135 C.L.R. 674, 685.

471. Lord Lloyd of Berwick stelde zich nog de vraag of het nog wel gerechtvaardigd was dat de rechter de beslissing van de cliënt niet kon toetsen, bijvoorbeeld indien de cliënt geen gerechtvaardigd belang meer had bij het invoeren van *legal professional privilege*, maar zag in deze zaak geen aanleiding om deze vraag te beantwoorden.

Volgens Lord Taylor of Gosforth is er op grond van de uit de jurisprudentie voortvloeiende regels dus geen ruimte voor een belangenafweging door de rechter op grond van de individuele omstandigheden in een zaak, oftewel in zijn woorden:

*“If a balancing exercise was ever required in the case of legal professional privilege, it was performed once and for all in the 16th century, and since then has applied across the board in every case, irrespective of the client’s individual merits.”*⁴⁷²

Het *legal professional privilege* is niet gegeven in het individuele belang van de cliënt, maar in het algemene belang dat moet worden voorkomen dat (potentiële) cliënten ervan worden weerhouden een advocaat in te schakelen en daarbij de volledige waarheid te vertellen. Dat dit laatste belang prevaleert is al eeuwen geleden aanvaard en sedertdien steeds bevestigd.

In een zaak van iets latere datum – *In re L (A Minor) (Police Investigation: Privilege)*⁴⁷³ – vatte Lord Nicholls of Birkenhead de relevante belangenafweging en de uitkomst daarvan nog eens duidelijk samen:

“The public interest in a party being able to obtain informed legal advice in confidence prevails over the public interest in all relevant material being available to courts when deciding cases.”

(ii) Het belang van een vrije en volledige communicatie en het belang van professioneel juridisch advies

Het belang dat cliënten erop kunnen vertrouwen dat ze bij hun advocaat vrijuit kunnen spreken, en het belang dat ze daarbij de feiten zo volledig mogelijk en naar waarheid weergeven (*the need for candour*), is ook daarna in diverse gezaghebbende uitspraken bevestigd, zowel in Engeland als in andere common law landen.⁴⁷⁴ Een voorbeeld van een belangrijke uitspraak uit een ander common law land is de uitspraak van de US Supreme Court, *Upjohn Co v United States*⁴⁷⁵, waarin Justice Rehnquist de functie van *legal professional privilege* als volgt omschreef:

472. De beslissingen in *Reg v Barton* en *Reg v Ataou* werden dan ook geacht een onjuist oordeel in te houden en werden door deze uitspraak overruled.

473. (1997) AC 16, 32.

474. Zie over *the need for candour*, voor oude rechtspraak: *Pearse v Pearse* (1846) 1 De G & Sm; *Anderson v Bank of British Columbia* (1876) 2 Ch D 644, 649 (Jessel MR); en meer recent: *Balabel v Air India* (1988) 1 Ch 317, 330 (CA).

475. (1981) 449 US 383.

*“to encourage full and frank communication between attorneys and their clients and thereby promote broader public interests in the observance of law and administration of justice. The privilege recognises that sound legal advice or advocacy depends upon the lawyer being fully informed by the client.”*⁴⁷⁶

In *R(Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Comr of Income Tax*⁴⁷⁷ omschreef Lord Hoffman *legal professional privilege* als “a necessary corrolary of the right of any person to obtain skilled advice about the law” en overwoog verder dat:

“Such advice cannot be effectively obtained unless the client is able to put all the facts before the adviser without fear that they may afterwards be disclosed and used to his prejudice.”

In *B v Auckland District Law Society*⁴⁷⁸ gaf Lord Millett de volgende rechtvaardiging voor *legal professional privilege*:

“a lawyer must be able to give his client an absolute and unqualified assurance that whatever the client tells him in confidence will never be disclosed without his consent.”

(iii) *Three Rivers 6*

De afwegingen die in de hiervoor besproken zaken zijn gemaakt werden in de uitspraken zelf geplaatst in het kader van *legal professional privilege* in het algemeen. Aangezien het in deze zaken specifiek ging om communicatie tussen advocaat en cliënt worden ze met name geacht van belang te zijn voor de rechtvaardiging van wat we nu scharen onder *legal advice privilege*. In 2004 heeft de House of Lords de belangrijke uitspraak *Three Rivers 6* gewezen.⁴⁷⁹ De uitspraak is met name om twee redenen van belang. In de eerste plaats omdat de uitspraak de rechtvaardiging en het belang van *legal professional privilege* nog eens onderstreept. In de tweede plaats omdat in deze zaak uitdrukkelijk een onderscheid werd gemaakt tussen de grondslag van *legal advice privilege* en *litigation privilege*. Het ging in deze zaak om een beroep op *legal advice privilege*.

476. Zie voor vergelijkbare uitspraken uit andere common law landen, bijv: *Jones v Smith* (1999) 1 SCR 455 (Supreme Court of Canada); *Baker v Campbell* (1983) 153 CLR 52 (High Court of Australia); “essential for the orderly and dignified conduct of individual affairs in a social atmosphere which is being poisoned by official and unofficial eavesdropping and other invasions of privacy”; *Comr of Inland Revenu v West-Walker* (1954) NZLR 191 (Court of Appeal of New Zealand). *Three Rivers 6*, par. 32.

477. (2003) 1 AC 563,607, par. 7.

478. (2003) 2 AC 736, 757, par 47.

479. *Three Rivers DC v Bank of England (No 6)* (HL(E)) (2005) 1 AC.

Achtergrond Three Rivers procedures

De diverse procedures die aan deze uitspraak vooraf gingen vloeiden voort uit de val van de *Bank of Credit and Commerce International SA* (“BCCI”) in 1991. Na het faillissement van BCCI werd er door de minister van financiën, de *Chancellor of the Exchequer*, een onderzoeker benoemd, *Bingham LJ*. Deze onderzoeker was aangesteld om een onafhankelijk onderzoek uit te voeren naar het door de Bank of England op grond van de *Banking Act* uitgeoefende toezicht op de BCCI.⁴⁸⁰

Met het oog op dit onderzoek (hierna ook: *de Bingham Inquiry*) stelde de Bank of England drie interne medewerkers aan, die verantwoordelijk waren voor alle communicatie met degenen die de *Bingham Inquiry* uitvoerden. Deze medewerkers en de van tijd tot tijd door hen ingeschakelde andere medewerkers van de Bank werden aangeduid als de *Bingham Inquiry Unit* (“BIU”). Het advocatenkantoor Freshfields werd door de Bank of England ingeschakeld om haar bij te staan in dit onderzoek. In 1992 werd het *Bingham Inquiry Rapport* gepubliceerd. Dit rapport was aanleiding voor talrijke procedures die door rekeninghouders van BCCI en door de *liquidators* van BCCI tegen de Bank of England werden ingesteld, waaronder de procedures van *Three Rivers DC* tegen de Bank.

Uitspraak in Three Rivers 6

In de zaak stond centraal het verzoek van *Three Rivers* om *disclosure* van een groot aantal documenten en de weigering van de Bank om hieraan te voldoen op grond van *legal professional privilege*. De uitspraak was vooral baanbrekend omdat er een principiële uitspraak werd gedaan over de reikwijdte van het sub-onderdeel *legal advice privilege*. Die principiële uitspraak was nodig omdat de beperkte uitleg die de *Court of Appeal* had gegeven aan het begrip “cliënt” veel kritiek en onduidelijk opleverde.⁴⁸¹

In de uitspraak wordt echter ook uitvoerig stil gestaan bij de grondslag van *legal professional privilege* en de rechtvaardiging ervan in de huidige tijd.⁴⁸² Zoals in de uitspraak naar voren komt, kenmerkte de ontwikkeling van het beginsel *legal professional privilege* in common law zich door het zoeken naar een evenwicht in de belangenafweging tussen waarheidsvinding en vertrouwelijkheid.⁴⁸³

480. *Three Rivers 6*, par. 5.

481. *Three Rivers 6*, par. 20. Zie ook de standpunten van de intervenierende partijen, de *Attorney General*, de *Law Society*, en de *Bar Council*.

482. Zie ook *Three Rivers 6*, par. 29. The Court of Appeal had vraagtekens gesteld bij de rechtvaardiging van *legal advice privilege*. Zie Thanki 2011, p. 9, waarin wordt gesteld dat de Court of Appeal van de verkeerde veronderstelling uitging dat *legal advice privilege* een uitvloeisel was van *litigation privilege*.

483. Thanki 2011, p. 3. *Three Rivers 6*, par. 86.

De overwegingen die hierbij een rol hebben gespeeld zijn door Lord Carswell in *Three Rivers 6* als volgt omschreven:

“Determining the bounds of the privilege involves finding the proper point of balance between two opposing imperatives, making the maximum relevant material available to the court of trial and avoiding unfairness to individuals by revealing confidential communications between their lawyers and themselves. The practice which has developed is a reconciliation between these principles [...] There is a considerable public interest in each of these. The importance of keeping to a minimum the withholding of relevant material from the court[...] is self-evident. It was stressed by Wigmore (Evidence, vol 8, para 2291 Mc Naughton rev. 1961), who expressed the opinion that the privilege should be strictly confined within the narrowest possible limits consistent with the logic of its principle, an approach echoed in the speech of Lord Edmund-Davies in Waugh v British railways Board [1980] AC 521 at 543. The competing principle of legal professional privilege is also rooted in public policy: cf B v Auckland District Law Society [2003] 2 AC 736, paras 46-7. It is not based upon the maintenance of confidentiality, although in earlier case-law that was given as its foundation. If that were the only reason behind the principle the same privilege would be extended to such confidants as priests and doctors, whereas it has been settled in line of authority stemming from the Duchess of Kingston’s case (1776) 1 East PC 469 that it is confined to legal advisers.”⁴⁸⁴

In het zoeken naar een evenwicht in de belangenafweging is voorrang verleend aan het algemene belang dat wordt gediend door het beginsel van *legal professional privilege*. Uit deze overweging wordt ook duidelijk dat het beschermen van vertrouwelijkheid in een professionele relatie niet voldoende rechtvaardiging oplevert. Het gaat om het vereiste van vertrouwelijkheid in combinatie met het belang van de toegang tot deskundig en gedegen juridisch advies. Dat is ook de rechtvaardiging voor het feit dat vertrouwelijke communicatie met andere vertrouwenspersonen, zoals geestelijken en medici, niet dezelfde bescherming geniet. Baroness Hale overwoog in *Three Rivers 6* meer specifiek over de rechtvaardiging van het sub-onderdeel *legal advice privilege*:

“Legal advice privilege restricts the power of a court to compel the production of what would otherwise be relevant evidence. It may thus impede the proper administration of justice in the individual case. This makes the communications covered different from most other types of confidential communication, where

484. *Three Rivers 6*, par. 86. Lord Carswell verwijst voor zijn conclusies onder meer naar de overwegingen van Lord Brougham in *Greenough v Gaskell*, op p. 101-103 van die uitspraak.

the need to encourage candour may be just as great. But the privilege is too well established in the common law to be doubted now. And there is a clear policy justification for singling out communications between lawyers and their clients from other professional communications. The privilege belongs to the client, but it attaches both to what the client tells his lawyer and to what the lawyer advises his client to do. It is in the interests of the whole community that lawyers give their clients sound advice, accurate as to the law and sensible as to their conduct. The client may not always act upon that advice...but there is always a chance that he will. And there is little or no chance of the client taking the right or sensible course if the lawyer's advice is inaccurate or unsound because the lawyer has been given an incomplete or inaccurate picture of the client's position."⁴⁸⁵

Gedegen juridische advisering vergroot de kans op maatschappelijk wenselijk gedrag en is in het belang van de samenleving. De mogelijkheid dat cliënten zich ook daadwerkelijk naar dat advies zullen gedragen, rechtvaardigt het mogelijk frustreren van bewijsverzameling in individuele zaken. De mogelijkheid dat cliënten zich maatschappelijk wenselijk gedragen wordt echter verkleind, indien het juridisch advies van de advocaat onjuist of onvolledig zou zijn als gevolg van onjuiste of onvolledige informatieverschaffing door de cliënt.

Ook Lord Scott gaat in *Three Rivers 6* uitvoerig in op de grondslag en rechtvaardiging van *legal advice privilege* en onderschrijft aan de hand van de relevante rechtspraak het belang van de samenleving dat cliënten zich onbelemmerd voor advies tot een advocaat kunnen wenden, zodat: "*the clients may achieve an orderly arrangement of their affairs*".⁴⁸⁶

Hij merkt op dat er weliswaar ook veel individuele gevallen denkbaar zijn waarin cliënten ook zonder garantie van geheimhouding het niet bezwaarlijk zouden vinden om alles aan hun advocaat te vertellen. Lord Scott benadrukt echter dat het algemeen belang bij onbelemmerde advisering, juist in een tijd van uitdijende onderzoeks- en controlebevoegdheden van diverse instanties, moet prevaleren:

"(..) it is necessary in our society, a society in which the restraining and controlling framework is built upon a belief in the rule of law, that communications between clients and lawyers, whereby the clients are hoping for the assistance of the lawyers' legal skills in the management of their (the clients') affairs, should

485. *Three Rivers 6*, par. 61.

486. *Three Rivers 6*, par. 34.

*be secure against the possibility of any scrutiny from others, whereby the police, the executive, business competitors, inquisitive busybodies or anyone else.*⁴⁸⁷

De grondslag en de rechtvaardiging van *legal professional privilege* in het algemeen en *legal advice privilege* in het bijzonder is door de House of Lords uitspraak in *Three Rivers 6* dus stevig verankerd.⁴⁸⁸ Het is in het belang van de rechtspleging en van een goede rechtsbedeling dat cliënten zich onbelemmerd voor bijstand en advies tot een advocaat kunnen wenden, los van het feit of de inschakeling van een advocaat in verband staat met een (voorgenomen of verwachte) procedure, en cliënten moeten er onvoorwaardelijk op kunnen vertrouwen dat de communicatie met de advocaat zonder hun toestemming niet naar buiten komt.⁴⁸⁹

3.4.5 Ontwikkeling grondslag *litigation privilege* vanaf de 20ste eeuw

In de 20ste eeuw bouwde de jurisprudentie voort op de grondslag die in een aantal uitspraken aan het einde van de 19e eeuw was aanvaard voor wat we nu *litigation privilege* noemen. Dit sub-onderdeel van *legal professional privilege*, dat een connectie met een (te verwachten of aanhangige) procedure veronderstelt, vloeit voort uit de specifieke eisen die adversaire procedures met zich meebrengen.⁴⁹⁰ Kenmerken van een adversaire procedure zijn onder meer de procedurele gelijkheid tussen de partijen bij die procedure en de in beginsel passieve houding van de rechter, met name ten aanzien van de bewijsverzameling.

In *In Re L (A Minor) (Police Investigation: Privilege)* werd *litigation privilege* door Lord Jauncey omschreven als ‘*essentially a creature of adversarial proceedings*’.⁴⁹¹

487. Lord Scott verwijst in de passage naar par. 15.8 – 15.10 van *Zuckerman’s Civil Procedure* (2003), waar de auteur de grondslag van *legal advice privilege* omschrijft als “rule of law rationale”.

488. Zie ook nog de bevestiging hiervan in par. 54 als verwoord door Lord Rodger of Earlsferry: “*the public interest in people being properly advised on matters of law is held to outweigh the competing public interest in making the evidence available.*”

489. Zie ook *D v NSCPCC* (1978) AC 171, 231-2, voor de rechtvaardiging van het uitgangspunt dat het privilege even relevant is buiten de context van een procedure. Zie ook *Three Rivers 6*, par. 34. Zie ook Thanki 2011, p. 12.

490. Zie met name de reeds aangehaalde passage in *Andersen v Bank of British Columbia*, (1876) 2 Ch D 644, 656 (CA): “*..as you have no right to see your adversary’s brief, you have no right to see that which comes in existence merely as materials for the brief*”. Zie ook *Causton v Mann Egerton* (1974) 1 WLR 162, 170 (CA) (Roskill LJ). Thanki 2011, p. 12.

491. (1997) AC 16, 26. Thanki 2011, p. 12. Lord Jauncey bedoelde hier overigens ook mee dat een rapport dat was opgesteld voor gebruik in een niet-adversaire procedure niet onder de bescherming van *litigation privilege* viel.

In jurisprudentie in de 20ste eeuw is *litigation privilege* ook wel geplaatst in het kader van het recht op een eerlijk proces.⁴⁹² In diverse uitspraken is benadrukt dat de vertrouwelijke voorbereiding van een gerechtelijke procedure als een van de eisen van een eerlijk proces moet worden aangemerkt.⁴⁹³

Ook de grondslag van *litigation privilege* impliceert een belangenafweging: kort gezegd tussen het algemeen belang van de vertrouwelijke voorbereiding van een gerechtelijke procedure en het algemeen belang van de waarheidsvinding. Hoewel de hiervoor genoemde rechtvaardiging van *litigation privilege* reeds sinds eind 19e eeuw in een groot aantal uitspraken was aanvaard, heeft de begrenzing van het beginsel tot de nodige discussie geleid. Een complicerende factor is hierbij vermoedelijk geweest dat – anders dan bij een beroep op *legal advice privilege* – een beroep op *litigation privilege* altijd stukken of communicatie betreft waarbij derden (waarmee wordt bedoeld: niet de advocaat of de cliënt) zijn betrokken.

Waugh v British Railways Board

In de 20ste eeuw gaf de rechtspraak lange tijd geen eenduidig antwoord op de vraag wanneer een stuk onder de bescherming van *litigation privilege* viel.⁴⁹⁴ Het duurde tot 1980 voordat de House of Lords de kans kreeg om zich hierover uit te spreken in de zaak *Waugh v British Railways Board*.⁴⁹⁵ In deze zaak procedeerde de weduwe *Waugh* tegen de ex-werkgever van haar man. Haar man was treinmachinist geweest voor *British Railways Board* en tijdens zijn werk bij een treinbot-sing om het leven gekomen. In de rechtszaak die de weduwe vervolgens aanspande tegen *British Railways Board* verzocht zij om inzage van een intern onderzoeksrapport, dat kort na het ongeluk door werknemers van *British Railways Board* was opgesteld. Het betrof een rapport waarin aan de hand van interviews met mogelijke getuigen werd getracht zoveel mogelijk feiten rond de toedracht van het ongeluk te verzamelen.

Volgens de *affidavit* die namens de *British Railways Board* in de procedure werd overgelegd was het rapport voor meerdere doeleinden opgesteld. Het rapport was enerzijds opgesteld met het oog op interne rapportagevereisten en

492. Zie bijv. *Re Saxton* (1962) 1 WLR 968, 972 (Lord Denning); *Baker v Campbell* (1983) 153 CLR 52, 109 (Brennan J.). Thanki 2011, p. 12.

493. *Robert Hitchens Ltd v ICL* (CA, 10 December 1996), Simon Brown LJ; *Sumimoto Corporation v Credit Lyonnais Rouse Ltd* (2002) 1 WLR 479, par 46 (CA) (Jonathan Parker LJ); *Three Rivers 6*, par 52 (Lord Rodger). Zie ook de passage van Lord Steyn LJ in *Oxfordshire CC v M* (1994) Fam 151, 163 (CA), waarin hij *litigation privilege* aanmerkt als “an auxiliary principle buttressing the constitutional right of access to justice”. Thanki 2011, p. 12 en 13.

494. Zie de uitvoerige jurisprudentiebeschrijving in *Waugh v British Railways Board* en in *Seabrook v. British Transport Commission* (1959) 1 WLR 509.

495. (1980) AC 521, 531.

veiligheidsprocedures, als gevolg waarvan het rapport zowel naar het bestuur als naar een *railways inspectorate* werd gezonden. Anderzijds was het rapport ten behoeve van de advocaat van de board opgesteld, teneinde deze in staat te stellen de board te adviseren en eventuele uit het ongeluk voortvloeiende procedures voor te bereiden. De discussie spitste zich toe op de vraag of dit rapport onder *litigation privilege* viel. Ten aanzien van de grondslag voor *litigation privilege* overwoog Lord Wilberforce het volgende:

“It is sometimes ascribed to the exigencies of the adversary system of litigation under which a litigant is entitled within limits to refuse to disclose the nature of his case until the trial. Thus one side may not ask to see the proofs of the other side’s witnesses or the opponent’s brief or even know what witnesses will be called: he must wait until the card is played and cannot try to see it in the hand. (..)A more powerful argument to my mind is that everything should be done in order to encourage anyone who knows the facts to state them fully and candidly – as Sir George Jessel M.R. said, to bare his breast to his lawyer: Anderson v. Bank of British Columbia (1876) 2 Ch. D. 644, 699. This he may not do unless he knows that his communication is privileged.”

Het belang van een gedegen voorbereiding van een procedure door een advocaat vereist een zo volledig mogelijk inzicht in de feiten die ten grondslag liggen aan een vordering of verweer.⁴⁹⁶ En de juistheid en volledigheid van informatieverstrekking, ook door derden, kan alleen maar worden bewerkstelligd indien vertrouwelijkheid is gegarandeerd.

Daarnaast constateerde Lord Wilberforce dat *legal privilege* weliswaar noodzakelijk was om eerlijkheid te bevorderen in verklaringen die worden opgesteld met het oog op een gerechtelijke procedure, maar dat het privilege geen vereiste was voor verklaringen die worden opgesteld met een ander doel: bijvoorbeeld om de veiligheidsaspecten van een spoorwegonderneming te bevorderen. Op grond van de eisen van een goede rechtsbedeling was er een groot belang bij openbaarmaking een onderzoeksrapport zoals het rapport in de onderhavige zaak, omdat dit naar alle waarschijnlijkheid het best beschikbare bewijs zou opleveren voor de toedracht van het ongeluk.

Om dit evident algemene belang opzij te zetten voor *litigation privilege* moet op zijn minst het overhandigen van het rapport ter advisering door de advocaat als belangrijkste oogmerk (*dominant purpose*) voor het opstellen ervan zijn geweest.⁴⁹⁷

496. Zie ook *Three Rivers* 6, par. 52.

497. De *dominant purpose* had volgens de House of Lords de voorkeur boven de eerder aanvaarde *one of the purposes test* of *appreciable purpose test*, of de *sole purpose test*.

In deze zaak werd aangenomen dat het rapport niet hoofdzakelijk met het oog op juridische advisering was opgesteld, zodat het beroep op *litigation privilege* werd afgewezen. Na jarenlange onduidelijkheid resulteerde de belangenafweging die in *Waugh* werd gemaakt dus in de aanvaarding van de *dominant purpose test*.⁴⁹⁸

Tegenwoordig worden wel vraagtekens gezet bij de rechtvaardiging van *litigation privilege*. Volgens critici is met de invoering van de Civil Procedures Rules meer de nadruk komen te liggen op *pre-trial disclosure*, zodat de rechtvaardiging voor *litigation privilege* daarmee op zijn minst heroverwogen moet worden.⁴⁹⁹

3.4.6 *Functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in Engeland*

In Engeland is de vertrouwelijke communicatie tussen een advocaat en cliënt meer beschermd dan de vertrouwelijke communicatie met andere professionals. De grondslag van *legal professional privilege* heeft zich in de loop der eeuwen ontwikkeld. Lange tijd was de bescherming van de vertrouwelijkheid tussen de advocaat en zijn cliënt als grondslag aangemerkt. Vanaf het begin van de 19e eeuw werd aangenomen dat *legal professional privilege* het algemeen belang van de rechtspleging en van een goede rechtsbedeling diende. Het doel van *legal professional privilege* was dat een cliënt zich zowel in als buiten rechte tot een juridisch deskundige, de advocaat, zou kunnen richten voor bijstand en advies en daarbij volledige openheid zou kunnen betrachten, zonder te moeten vrezen voor openbaarmaking van zijn geheimen. Een advocaat heeft zo volledig mogelijk inzage in de feiten nodig om zijn werk goed te kunnen doen, hetgeen van groot belang is voor de rechtspleging.

In de 20 ste eeuw ontwikkelde de grondslag voor de beide sub-onderdelen van *legal professional privilege* zich enigszins los van elkaar. Inmiddels is aanvaard dat de grondslag voor *legal professional privilege* gebaseerd is op een afweging van twee botsende algemene maatschappelijke belangen, waarbij het algemene belang dat wordt gediend door *legal professional privilege* dient te prevaleren. Het gaat enerzijds om het belang van de waarheidsvinding en anderzijds om het algemene

498. Zie hierna nader par. 7.7.9

499. Thanki, 2011, p. 13. Zie de overweging van Sir Richard Scott V-C in *Secretary of State for Trade & Industry v Baker*, (1998) Ch 356, 371. Andrews 2003, par. 27.29-27.41. Zie ook de kritiek van Lord Scott in *Three Rivers*, par 29, die er op wijst dat de civiele procedure als gevolg van de Civil Procedure Rules in veel opzichten niet meer als een adversaire procedure kan worden aangemerkt. Zie ook de opmerkingen van Lord Rodger of Earlsferry in *Three Rivers 6*, par. 53. Zie echter voor de verdediging van de rechtvaardiging van *litigation privilege*: Pattenden 2000, p. 213 e.v.

belang dat voor een goede werking van het rechtssysteem een ieder toegang moet hebben tot professioneel en gedegen juridisch advies en bijstand en daarbij verzekerd moet zijn van onbelemmerde communicatie met een advocaat. Gedegen juridisch advies vergroot ook de kans op maatschappelijk gewenst gedrag van de cliënt, hetgeen eveneens in het belang van de samenleving is.

Voor wat betreft *legal advice privilege* geldt nog dat het belang van onbelemmerde toegang tot een advocaat los staat van de vraag of de inschakeling van een advocaat in verband staat met een voorgenomen, verwachte of aanhangige procedure en dat cliënten er onvoorwaardelijk op moeten kunnen vertrouwen dat de communicatie met de advocaat zonder hun toestemming niet naar buiten komt.

Litigation privilege vindt haar rechtvaardiging gedeeltelijk in de specifieke eisen die adversaire procedures met zich meebrengen. Ook is *litigation privilege* geplaatst in het kader van het recht op een eerlijk proces. Bij *litigation privilege* is een belangenafweging gemaakt tussen enerzijds het belang van de waarheidsvinding en anderzijds het belang een vertrouwelijke en gedegen voorbereiding van een gerechtelijke procedure.

3.5 Functie van het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de gekozen rechtsstelsels

Uit het voorgaande komt naar voren dat het beginsel van vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt in de gekozen rechtstelsels een gelijke functie vervult. In de drie gekozen rechtstelsels dient dit beginsel een algemeen maatschappelijk belang, te weten de onbelemmerde toegang tot noodzakelijke bijstand en verdediging door een advocaat in procedures en tot deskundig juridisch advies van een advocaat. De advocaat vervult een onmisbare rol in de rechtsbedeling en in de rechtspleging en cliënten moeten er onvoorwaardelijk op kunnen vertrouwen dat ze hun advocaat in volstrekte vertrouwelijkheid kunnen raadplegen. In de drie gekozen rechtstelsels prevaleert het algemeen belang van de onbelemmerde toegang tot rechtshulp door een advocaat boven het algemeen belang van de waarheidsvinding.