

# HET TOEPASSINGSGBIED NAAR TYPE STUK VAN HET RECHT OP GEHEIMHOUDING VAN DE CORRESPONDENTIE MET EEN ADVOCAAAT

## 239. De Vestia-zaak

MR. H.M.H. SPEYART

In de *Vestia*-zaak heeft de Rechtbank Den Haag bij vonnis van 14 januari 2015<sup>1</sup> Vestia bevolen om aan haar voormalig bestuurder Erik Staal en een aantal oud-commissarissen een afschrift te verstrekken van een door een advocatenkantoor opgesteld *governance* rapport. Mede naar aanleiding van dat vonnis verkent deze bijdrage de stand van het recht als het gaat om het type correspondentie tussen advocaat en cliënt dat vatbaar is voor bescherming onder het verschoningsrecht van vertrouwenspersonen.

### 1. Inleiding

Het beroepsgeheim van de advocaat en de daaraan spiegelbeeldige verschoningsrechten van advocaat en, daarvan afgeleid, cliënt zijn in Nederland bepaald geen rustig bezit. Onlangs bepleitte OvJ Vincent Leenders van het Functioneel Parket van het OM een beperking van beroepsgeheim en verschoningsrechten bij fraudezaken<sup>2</sup> en moest de voorzieningenrechter er aan te pas komen om de Staat te dwingen tot het invoeren van een stelsel van voorafgaande goedkeuring voor het door de AIVD aftappen van gesprekken tussen cliënten en hun advocaten.<sup>3</sup>

In deze bijdrage zal het niet gaan om het verschoningsrecht van advocaten en hun cliënten bij verhoorsituaties, maar om de geheimhouding van de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt en van interne stukken die door de cliënt zijn opgesteld ten behoeve of naar aanleiding van advisering door de advocaat.

### 2. Juridisch kader

#### 2.1 Inleiding

Hierna zal successievelijk de stand worden beschreven van het EVRM-recht, het Unierecht en het Nederlandse interne recht, met dien verstande dat de Unierechtelijke regeling in Nederland alleen van toepassing is als de Commissie alhier een mededingingsinval verricht.

#### 2.2 Het EVRM

In zijn arrest van 28 juni 1984 in de zaak *Campbell en Fell/VK*<sup>4</sup> oordeelde het EHRM dat de geheimhouding van contacten – mondeling en schriftelijk – tussen een cliënt en zijn advocaat deel uitmaken van de rechten van de verdediging van artikel 6 lid 3 EVRM. Deze regel is sindsdien opgenomen in vaste rechtspraak waarin het recht op geheimhouding van die contacten in dat kader is verbonden aan een bepaalde, toekomstige of hangende strafrechtelijke vervolging in de zin van artikel 6 EVRM.<sup>5</sup>

Daarnaast bestaat echter ook bestendige rechtspraak waarin die geheimhouding wordt beoordeeld in het licht van het correspondentiegeheim van artikel 8 lid 1 EVRM en geenszins afhankelijk wordt gesteld van enige bestaande of toekomstige vervolging.

In zijn arrest van 25 maart 1983 in de zaak *Silver e.a./VK*<sup>6</sup> had het EHRM een schending van artikel 8 EVRM vastgesteld in verband met het stelselmatig tegenhouden van correspondentie van gedetineerden, waaronder correspondentie met advocaten, zonder daarbij echter in te gaan op de bijzondere aard van die laatste stukken.

In de zaak *Campbell/VK*<sup>7</sup> ging het daarentegen juist ten principale om het onderscheppen en openen van de corres-

1 ECLI:NL:RBDHA:2015:248, «JOR» 2015/141, m.nt. Van Breukelen.

2 FD 19 juni 2015, p. 13; reactie R. van der Hoeven in FD 30 juni 2015, p. 11. Dit is overigens een betrekkelijk oude discussie. Zie bijvoorbeeld D.R. Doorenbos, 'Witwassen en (misbruik) van verschoningsrecht' *Advocatenblad* 1996, p. 111, gevolgd door reacties van C.Ch. Mout op p. 567 en J.Ch. Weisz op p. 932.

3 Rb. Den Haag (Vzr.) 1 juli 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7436, *NBSTRAF* 2015/167, m.nt. Spijkerman (*Advocaten Prakken d'Oliveira/Staat*).

4 *A-reeks* nr. 80, p. 49, r.o. 111-113.

5 Zie bijvoorbeeld EHRM 28 november 1991, *S./Zwitserland, A-reeks* nr. 220, p. 15-16, r.o. 48 en EHRM 13 maart 2007, *Castravet/Moldavië*, verzoekschrift nr. 23393/05, r.o. 49. In *Menarini/Italië* oordeelde het EHRM dat de Italiaanse administratieve procedure die had geleid tot een mededingingsinbreukboete voor Menarini moet worden aangemerkt als strafrechtelijke vervolging in de zin van artikel 6 EVRM: EHRM 27 september 2011, *Menarini/Italië*, verzoekschrift nr. 43509/08, *AB* 2012, 9, m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik.

6 *A-reeks* nr. 61, r.o. 99.J.

7 EHRM 25 maart 1992, verzoekschrift nr. 13590/88, *A-reeks* no. 233. Dit is overigens een andere *Campbell* dan in de in noot 4 aangehaalde zaak *Campbell en Fell/VK*.

pondentie tussen een gedetineerde en zijn raadsman en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, destijds een voorportaal van het EHRM. Het EHRM stelde eerst een beperking vast in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM en toetste die vervolgens aan de vereisten van lid 2, waaronder de evenredigheid. De Britse regering had betoogd dat bij die evenredigheid een verschil moet worden gemaakt tussen correspondentie met betrekking tot bestaande of aanstaande procedures, die inderdaad geheim moet blijven, en andere correspondentie met een advocaat, waar dat minder duidelijk is (punt 43).

Ook de Britse rechter Freeland brak in zijn deels afwijkend oordeel een lans voor dat onderscheid:

“5. *General correspondence with a solicitor, as distinct from correspondence relating to contemplated or pending*

### Het EHRM erkent in het kader van het correspondentiegeheim van artikel 8 EVRM een algemeen advocatuurlijk geheimhoudingsrecht dat uitdrukkelijk verder gaat dan een louter afgeleide van de rechten van de verdediging van artikel 6 lid 3 EVRM.

*proceedings, may include communications about any among an enormously varied and extensive range of personal or financial subjects – for example, property management – where the link with the principle of effective access to court is absent and the need for confidentiality is no more cogent, by the nature of the subject-matter, than in the case of correspondence with any other person of affairs who might be dealing with it.”*

De meerderheid van acht rechters formuleerde daarentegen een algemeen geheimhoudingsbelang dat los staat van enige procedure:

“46. *It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged. Indeed, in its S. v. Switzerland judgment<sup>8</sup> the Court stressed the importance of a prisoner’s right to communicate with counsel out of earshot of the prison authorities. It was considered, in the context of Article 6, that if a lawyer were unable to confer with his client without such surveillance and receive confidential instructions from him his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective [...].*

47. *In the Court’s view, similar considerations apply to a prisoner’s correspondence with a lawyer concerning contemplated or pending proceedings where the need for confidentiality is equally pressing, particularly where such correspondence relates, as in the present case, to claims and complaints against the prison authorities. That*

*such correspondence be susceptible to routine scrutiny, particularly by individuals or authorities who may have a direct interest in the subject matter contained therein, is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.*

48. *Admittedly, as the Government pointed out, the borderline between mail concerning contemplated litigation and that of a general nature is especially difficult to draw and correspondence with a lawyer may concern matters which have little or nothing to do with litigation. Nevertheless, the Court sees no reason to distinguish between the different categories of correspondence with lawyers which, whatever their purpose, concern matters of a private and confidential character. In principle, such letters are privileged under Article 8.”*

Deze algemene strekking van het advocatuurlijk geheimhoudingsrecht, die uitdrukkelijk verder gaat dan een louter afgeleide van de rechten van de verdediging, is sindsdien deel gaan uitmaken van de vaste rechtspraak met betrekking tot het correspondentiegeheim van artikel 8 EVRM:<sup>9</sup>

- “*Correspondence with lawyers, whether it concerns contemplated or pending proceedings or is of a general nature, is in principle privileged under Article 8 of the Convention and its routine scrutiny is not in keeping with the principles of confidentiality and professional privilege attaching to relations between a lawyer and his client.*”<sup>10</sup>
- “*The Court [...] reiterates that correspondence with lawyers, whatever its purpose, is privileged under Article 8*”<sup>11</sup>
- “[W]here a lawyer is concerned, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6.”<sup>12</sup> Maar ook de rechtspraak met betrekking tot artikel 6 EVRM geeft aan dat recht een bredere draagwijdte dan oorspronkelijk het geval was:
- “*One of the key elements in a lawyer’s effective representation of a client’s interests is the principle that the confidentiality of information exchanged between them must be protected. This privilege encourages open and honest communication between clients and lawyers.*”<sup>13</sup>

9 Zie, naast de hierna aangehaalde uitspraken, bijvoorbeeld EHRM 31 mei 2011, *Khodorkovskiy/Rusland*, verzoekschrift nr. 5829/04 en EHRM 17 april 2012, *Piechowicz/Polen*, verzoekschrift nr. 20071/07, r.o. 239.

10 EHRM 22 mei 2008 *Petrov/Bulgarije*, verzoekschrift nr. 15197/02, r.o. 43.

11 EHRM 12 juni 2008, *Vlasov/Rusland*, verzoekschrift nr. 78146/01, r.o. 142.

12 EHRM 16 december 1992, *Niemietz/Duitsland, A-reeks* nr. 251; NJ 1993, 400, m.nt. Dommering, punt 37; EHRM 19 september 2002, *Tamosius/VK, Reports* 2002-VIII, p. 9, 3e alinea en EHRM 16 oktober 2007, *Wieser en Bicos/Oostenrijk*, r.o. 65. Daarbij wordt telkens verwezen naar de relevantie van het beroepsgeheim vanuit het oogpunt van artikel 6 EVRM, maar het gaat hierbij om doorzoekingszaken die werden getoetst aan artikel 8 EVRM.

13 Vaste rechtspraak, zie bijvoorbeeld EHRM 16 december 2010, *Trepashkin/Rusland (II)*, verzoekschrift nr. 14248/5, punt 159; en EHRM 3 februari

8 Zie hiervoor, voetnoot 5.

### 2.3 De Unierechtelijke regeling

In de zaak *AM&S* had de Commissie de gelijknamige Britse zinksmelterij gelast bepaalde stukken over te leggen, waaronder adviezen van haar advocaat van eind 1972 en begin 1973 over de toepassing op *AM&S* van de communautaire mededingingsregels die zouden gelden vanaf de Britse toetreding tot de EEG op 1 januari 1973. Verordening Nr. 17, die toen het kader vormde voor bewijsgaring door de Commissie in mededingingszaken,<sup>14</sup> voorzag daarbij niet in enig verschoningsrecht voor advocaten.

*AM&S* heeft daartegen een nietigheidsberoep ingesteld bij (toen nog) het HvJ EG. *AM&S* en het VK, dat aan haar zijde was tussengekomen, hebben daarbij betoogd dat alle correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt beschermd is. De Commissie en Frankrijk, die aan haar zijde was tussengekomen, hebben daarentegen betoogd dat zo al in het Gemeenschapsrecht sprake is van een beginsel waarbij die correspondentie wordt beschermd, die bescherming in ieder geval niet geldt voor door de Commissie gevorderde stukken.

In een eerste conclusie ging A-G Warner in op de vraag of het Gemeenschapsrecht voorziet in een (ongeschreven) bescherming van de correspondentie tussen advocaat en cliënt. Daarop gelastte het Hof de overlegging van de betrokken stukken en heropende het de mondeling procedure, gevolgd door een tweede conclusie van (inmiddels) A-G Slynn, die moest oordelen over de aard van die stukken.

In zijn arrest van 18 mei 1982<sup>15</sup> oordeelde het Hof eerst over de vraag naar het bestaan van de betrokken bescherming: “18. [...] Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische verulechting van de lidstaten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben op het gebied van de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van, onder meer, bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben, en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft.”

Bij zijn onderzoek naar de regeling van dit onderwerp in de diverse lidstaten stuitte het Hof echter op het onderscheid tussen een brede, functiegerelateerde opvatting en een nauwe, proceduregerelateerde opvatting van de geheimhouding:

“19. Weliswaar blijkt in het recht van alle lidstaten het

beginsel van bescherming van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt te worden erkend, doch de omvang en de criteria voor de toepassing ervan lopen uiteen [...].

20. Terwijl in sommige lidstaten de bescherming van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt hoofdzakelijk is gebaseerd op de erkenning van de aard van het beroep van advocaat zelf, in zoverre deze meewerkt aan de handhaving van het recht, wordt in andere lidstaten de rechtvaardiging van deze bescherming gezocht in het – overigens ook in de eerstbedoelde staten erkende – meer specifieke vereiste van de eerbiediging van de rechten van de verdediging.”

Gesteld voor deze moeilijkheid koos het Hof voor de gemene deler, zijnde de nauwe opvatting:

“21. Doch naast deze verschillen zijn in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten gemeenschappelijke criteria te vinden, in zoverre die rechtsstelsels in vergelijkbare omstandigheden, de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermen, wanneer deze briefwisseling enerzijds heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt, en zij anderzijds afkomstig is van een onafhankelijke advocaat, dat wil zeggen een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt .

22. Gezien in deze samenhang moet verordening nr . 17/62 aldus worden uitgelegd, dat ook zij op deze beide voorwaarden het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt beschermt en daarbij die elementen van de bescherming overneemt, welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben.”

Het verleende vervolgens echter een brede temporele bescherming, mede aan stukken die lang voor enige procedure waren opgesteld:

23. “Met betrekking tot de eerste van die voorwaarden [...] moet de bescherming [van de correspondentie tussen advocaat en cliënt, HS] geacht worden zich uit te strekken tot alle briefwisseling van na het begin van de administratieve procedure bedoeld in verordening nr. 17/62, welke kan leiden tot een [inbreukbeschikking, HS]. Het moet mogelijk zijn de bescherming ook uit te breiden tot vroegere briefwisseling die verband houdt met het voorwerp van een dergelijke procedure.”

In de daarop volgende arresten van het GvEA EG *Hilti*<sup>16</sup> en *Akzo en Akcros*<sup>17</sup> ging het deels om andere deelaspecten van het beschermingsrecht dan de hier besproken vraag: procedurevoorschriften,<sup>18</sup> de strekking van het recht als gebruiksverbod of als absoluut kennisnameverbod,<sup>19</sup> en de

2015, *Apostu/Roemenië*, verzoekschrift nr. 22765/12, punt 96.

14 Verordening Nr. 17 is met inwerkingtreding op 1 mei 2004 vervangen door Verordening (EG) Nr. 1/2003, *PbEU* 2003 L 1, p. 1, die evenmin in een verschoningsrecht voorziet.

15 HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, ECLI:EU:C:2982:157, *Jur.* 1982, p. 1575, *SEW* 1983, p. 126 m.nt. Vogelaar; besprekingen Grabandt in *Advocatenblad* 1982, p. 525; Lasok in *ECLR* 1982, p. 99; Schermers in *AA* 1982, p. 745; Forrester in *CMLR* 1983, p. 75 en Van der Woude in *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom 2010, p.143.

16 GvEA EG 4 april 1990, zaak T-30/89, *Hilti/Commissie*, *Jur.* 1990, p. II-163.

17 GvEA EG 17 september 2007, gevoegde zaken T-125/03 en T-253/03, *Akzo en Akcros/Commissie*, *Jur.* p. II-3523, r.o. 80-85, besprekingen Evans in *Nter* 2008, p. 49, en Boksem in *NJCM Bulletin* 2008, p. 276; en HvJ EU (Grote Kamer) 14 september 2010, zaak 550/07 P, *Jur.* p. I-8301, *NJ* 2010, 629, m.nt. Mok; AB 2011, 59, m.nt. Duijkersloot, bespreking Groen in *AM* 2010, p. 103 en Kuipers in *NTER* 2010, p. 337.

18 Arrest *Akzo en Akcros*, r.o. 76-101, niet betwist in hogere voorziening.

19 *Ibidem*, r.o. 86 en 87, evenmin betwist in hogere voorziening.

behandeling van de advocaat in loondienst.<sup>20</sup>

Deels ging het echter ook over de aard van de voor bescherming in aanmerking komende stukken.

In *Hilti* oordeelde het Gerecht dat de bescherming zich mede uitstrekt tot de interne weergave die een bedrijfsjurist van de externe advisering geeft, mits daartoe beperkt,<sup>21</sup> terwijl het in *Akzo en Akros* oordeelde dat ook interne stukken die ten behoeve van advisering door een advocaat worden opgesteld, onder de bescherming vallen.<sup>22</sup>

In die laatste zaak ging het tevens om een interne notitie van Akzo waarin een werknemer gegevens had vergaard met het oog op het verkrijgen van extern juridisch advies in het kader van een complianceprogramma. Met betrekking tot deze stukken oordeelde het Gerecht dat:

“het feit dat een document in het kader van een [compliance, HS] programma is opgesteld als zodanig niet volstaat om aan dat document de bescherming van de vertrouwelijkheid te verlenen. Deze programma’s omvatten door hun omvang immers taken en informatie die vaak veel verder gaan dan de uitoefening van de rechten van de verdediging. In het bijzonder kan op basis van het feit dat een externe advocaat een conformeringsprogramma heeft opgezet en/of dit coördineert, niet automatisch bescherming van de vertrouwelijkheid worden verleend aan alle in het kader van of in verband met dit programma opgestelde documenten.”<sup>23</sup>

Na een beoordeling van de stukken concludeerde het Gerecht dat Akzo niet heeft bewezen dat de betrokken notitie is “opgesteld met het doel om in het kader van de uitoefening van de rechten van de verdediging juridisch advies aan een advocaat te vragen”.<sup>24</sup>

#### 2.4 Intern Nederlands recht

Het functionele<sup>25</sup> verschoningsrecht in de verhouding tussen een particulier en een vertrouwenspersoon gaat in Nederland lang terug.<sup>26</sup> Sinds 1838 zijn gelijklopende en onveranderd gebleven verschoningsrechten neergelegd in het civiele recht en in het strafrecht: destijds in artikel 1946 lid 2 aanhef en onder 3 BW respectievelijk artikel 189 Sv<sup>27</sup> en thans in artikel 165 lid 2 aanhef en onder b Rv respectievelijk artikel 218 Sv.

De huidige regeling van artikel 165 lid 2 aanhef en onder b Rv luidt:

“Van deze verplichting [tot het afleggen van getuigenis,

HS] kunnen zich verschonen: b. zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.”

Sinds ten minste 1952 kennen wij het functionele verschoningsrecht ook in de bestuursrechtelijke kolom, namelijk in de belastingrechtelijke regeling van (thans) artikel 53a lid 1 AWR,<sup>28</sup> met, anders dan in de civiele en strafrechtelijke regelingen, een opsomming van de betrokken beroepen die beperkt is tot het ‘klassieke kwartet’:

“Voor een weigering om te voldoen aan de verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden kunnen alleen bekleeders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn.”<sup>29</sup>

Met de inwerkingtreding op 1 januari 1998 van de Derde Tranche Awb zijn de bestaande wetspecifieke bestuursrechtelijke verschoningsrechten verenigd in artikel 5:20 lid 2 Awb, dat voorziet in de volgende uitzondering op de medewerkingsplicht van lid 1:<sup>30</sup>

“Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit.”

Dat de advocaat tot geheimhouding verplicht is en zich dus op deze verschoningsrechten kan beroepen is nooit serieus betwist en is van oudsher erkend door de Hoge Raad.<sup>31</sup>

Het standaardarrest over het functionele verschoningsrecht is HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, m.nt. Haardt onder 176 (*Notaris Maas*). Het ging in die zaak om een notaris die krachtens artikel 223b Fw door twee curatoren was opgeroepen te getuigen over feiten met betrekking tot een surséance van betaling. Het verschoningsrecht van (destijds) artikel 1946 lid 2 aanhef en onder 3 BW was op dat verhoor niet van toepassing, terwijl de Fw niet in enige daarop lijkende regeling voorzag. Met een paar rake tikken zette de Hoge Raad in die zaak het gebouw van het Nederlandse functionele verschoningsrecht neer.

- Allereerst identificeert de Hoge Raad het verschonings-

20 *Ibidem*, r.o. 165-179, bevestigd in hogere voorziening.

21 R.o. 18.

22 R.o. 123 en 124, onbetwist in hogere voorziening.

23 R.o. 127.

24 R.o. 134.

25 Ter onderscheiding van het familiale verschoningsrecht, dat een andere achtergrond en regeling kent.

26 Zie voor een zeer leerzaam en uitvoerig overzicht van die geschiedenis F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken*, Deventer: Kluwer 2004, Hoofdstuk 2. Zie voor een evenzo boeiend rechtsvergelijkend overzicht J.B.M. Franken, ‘Het professionele (functionele) verschoningsrecht’, preadvies, *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, Hoofdstuk I.

27 Uit de wordingsgeschiedenis van artikel 189 (oud) Sv blijkt dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest om voor de regeling van het verschoningsrecht in het strafrecht aan te sluiten bij die in het civiele recht, zie *Kamerstukken II* 1835/36, B 378.

28 Een horizontale regeling voor belastingrechtelijke informatiegaring is voor het eerst ingevoerd bij de Wet van 23 april 1952 houdende bepalingen inzake vervanging van het fiscale noodrecht, *Stb.* 1952, 191. In 1961 is deze wet vervangen door de Algemene wet inzake rijksbelastingen, *Stb.* 1959, 301.

29 Bij artikel 32 Leidraad AWR heeft de staatssecretaris van Financiën dit verschoningsrecht uitgebreid naar door fiscalisten en accountants verstrekte adviezen en met hun cliënten gevoerde correspondentie. Bij intrekking van de Leidraad AWR is deze uitbreiding gehandhaafd krachtens de mededeling van de staatssecretaris van Financiën van 5 januari 1994, *VN* 1994, p. 456.

30 De artikelsgewijze toelichting van de minister van Justitie bij deze bepaling bevat hier geen nadere toelichting bij, anders dan dat zij in de plaats komt van reeds bestaande verspreide regelingen en dat het verschoningsrecht met name relevant zal zijn bij het niet verstrekken van gevorderde inlichtingen, gegevens of bescheiden (*Kamerstukken II* 1994/95, 23700, nr. 3, p. 148 (MVT)).

31 Zie bijvoorbeeld HR 12 december 1958, *NJ* 1961, 270, m.nt. Veegens (*Miedema/Viskil*); HR 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188, m.nt. Heemskerck (*Panholzer/Cancuk*) en HR 7 juni 1985, *NJ* 1986, 174, m.nt. Haardt onder 176 (*Schadd*).

recht als een algemeen beginsel van Nederlands recht: *“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 hun 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. 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.”*<sup>32</sup>

- Voor een beroep op het verschoningsrecht is geen wettelijke bepaling vereist, aangezien dat recht rechtstreeks op het zojuist genoemde algemene rechtsbeginsel berust.<sup>33</sup>
- Niet de cliënt, maar de advocaat of notaris beslist over het opheffen van de geheimhouding. *“Een andere opvatting zou er immers toe leiden dat het oordeel omtrent de geloofwaardigheid van hen die zich tot de betreffende vertrouwenspersoon hebben gewend, ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door hun weigering hem uit zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan, zodat de vrees dat zij daardoor naderhand tot een zodanig ontslag zouden worden genoopt hen ervan zou kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken.”*<sup>34</sup>
- Het verschoningsrecht van de vertrouwenspersoon strekt zich alleen uit tot datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig, dat wil zeggen als notaris/advocaat/arts enzovoort, is toevertrouwd en dat alles waarvan de wetenschap hem als zodanig is medegedeeld, ook als hem toevertrouwd heeft te gelden. Daarbij kan geen onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens, omdat dit de zekerheid zou aantasten dat eenieder vrijelijk met een vertrouwenspersoon kan spreken.<sup>35</sup>
- De rechter kan een beroep op het verschoningsrecht slechts marginaal toetsen: hij moet een beroep op dat recht om vragen niet te beantwoorden honoreren *“zolang [hij] aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven.”*<sup>36</sup>

- Het verschoningsrecht van de vertrouwenspersoon is in zoverre niet absoluut, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap die persoon als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>37</sup>

In HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, m.nt. 't Hart, een strafzaak, ging het vervolgens om de inbeslagname bij een cliënt van zijn correspondentie met zijn advocaat:

*“5.3.1 [De vraag of zonder toestemming van belanghebbers mag worden kennis genomen van de inhoud van de bij een cliënt aangetroffen correspondentie met een advocaat over een aangelegenheid in verband waarmee die advocaat in diens hoedanigheid is geraadpleegd, HS] moet ontkenmend worden beantwoord op grond van het zwaarwegende belang dat wordt gediend met de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van een dergelijke briefwisseling die niet het voorwerp van het strafbare feit uitmaakt of tot het begaan daarvan heeft*

### In Notaris Maas identificeert de Hoge Raad het verschoningsrecht van vertrouwenspersonen als een algemeen beginsel van Nederlands recht.

*gediend. Het is immers een aanzienlijk belang dat een ieder de mogelijkheid heeft om vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen aan de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd een advocaat te raadplegen.”*

In latere rechtspraak heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het recht van een cliënt op geheimhouding van de correspondentie met een advocaat onverlet laat dat aan een beroep op geheimhouding onder omstandigheden gevolgen kunnen worden verbonden, zoals bijvoorbeeld de omkering van de bewijslast.<sup>38</sup>

Parallel met het hiervoor beschreven wetsvoorstel Derde Tranche Awb werd ook het voorstel voor de Mededingingswet behandeld. Blijkbaar onkundig van de algemene strekking van het zojuist beschreven strafrechtarrest HR 19 november 1985 vond de minister van EZ, geïnspireerd door het arrest *AM&S*, dat in die wet, in aanvulling op artikel 5:20 lid 2 Awb, een aparte regeling moest worden getroffen voor de correspondentie tussen advocaat en cliënt die zich bij de cliënt bevindt.<sup>39</sup> Die regeling, die aansluit bij

32 R.o. 3.1. De Hoge Raad verduidelijkt dat dit beginsel *“onder meer erkenning [vindt] voor het burgerlijk recht in art. 1946 lid 2 aanhef en onder 3 BW, voor het strafrecht in art. 218 Sv en voor het belastingrecht in de art. 53 [AWR] en 15 lid 3 aanhef en onder b [WARB].”*

33 R.o. 3.2.

34 R.o. 3.3.

35 R.o. 3.4. Zie daarna bijvoorbeeld ook HR 25 september 1992, NJ 1993, 467, m.nt. Snejders (*Tomol/Van Eijck*) en HR 18 december 1998, NJ 2000, 341, m.nt. Asser (*Van Olst/Ontvanger*).

36 R.o. 3.5. Zie bijvoorbeeld ook HR 18 december 1998, aangehaald in de

vorige noot.

37 R.o. 3.6. Zie bijvoorbeeld ook HR 7 juni 1985, reeds aangehaald in noot 31.

38 HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4529, NJ 2006, 78, «JBPr» 2006/44, m.nt. Rueb (*B/Interpolis*).

39 *Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 82 (MvT)*, artikelsgewijze toelichting bij artikel 51. De minister motiveerde zijn voorstel door de wens te voorzien in eenvormigheid tussen de Nederlandse waarborgen en de Unierechtelijke waarborgen die zouden gelden in geval van een inval door de Commissie.

de inzagebevoegdheid van artikel 5:17 Awb, is vervolgens neergelegd in artikel 51 Mw en onveranderd gebleven totdat zij werd ingetrokken bij inwerkingtreding van de Instellingswet ACM:

*“Artikel 5:17 [Awb] is niet van toepassing op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat die is toegelaten tot de balie, die zich bij de onderneming bevinden, doch waarop, indien zij zich zouden bevinden bij die advocaat, artikel 5:20 [lid 2 Awb] van toepassing zou zijn.”*<sup>40</sup>

Deze regeling was overbodig. Uit de twee hiervoor beschreven arresten van de Hoge Raad volgde immers toen reeds duidelijk dat:

- het verschoningsrecht van de advocaat een algemeen beginsel van Nederlands recht is, dat dus ook zonder uitdrukkelijke wettelijke bepaling geldt; en
- anders dan de minister van EZ in de Memorie van Toelichting uiteenzette, uit dat beginsel onder andere de bescherming voortvloeit van de zich bij de cliënt bevindende correspondentie met een advocaat.

Deze regeling was bovendien uiterst ongelukkig, omdat de minister ten onrechte geen aansluiting heeft gezocht bij het Nederlandse algemene rechtsbeginsel, maar bij de beperkte gemene deler-opvatting van het HvJ EG uit *AM&S*.

## Artikel 51 Mw leidde stevast tot gênante vertoningen bij de Privilegefunctionaris NMa.

Daardoor gold de krachtens artikel 51 Mw geldende bescherming niet voor alle stukken met betrekking tot *“een aangelegenheid in verband waarmee de advocaat in diens hoedanigheid is geraadpleegd”*,<sup>41</sup> maar uitsluitend met betrekking tot *“geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels”*.

Dit heeft in de loop der jaren geleid tot terugkerende gênante vertoningen waarbij de privilegefunctionaris NMa een beroep op de geheimhouding van correspondentie die betrekking had op andere rechtsgebieden dan het mededingingsrecht stevast om die reden afwees, maar vervolgens moest oordelen dat zij niet werden bestreken door het voorwerp van het betrokken onderzoek. Deze gang van zaken was in zoverre onrechtmatig dat de toepassing van de geheimhouding naar Nederlands en EVRM-recht niet afhankelijk kan worden gesteld van het onderwerp van de betrokken advisering.

Met de inwerkingtreding van artikel 12g Instellingswet ACM is daar gelukkig een einde aan gekomen: de regeling van artikel 51 Mw is daarin woordelijk overgenomen,<sup>42</sup>

40 Bij invoering van de beboetbaarheid van natuurlijke personen per 1 april 2008 is deze bescherming in een nieuw tweede lid van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers.

41 De formulering van HR 19 november 1985, aangehaald in de tekst na noot 37, met betrekking tot het in beslag nemen van stukken die bij een verdachte zijn aangetroffen.

42 Onder vervanging van het begrip ‘onderneming’ door het begrip ‘mark-

maar zonder beperking tot enig rechtsgebied.<sup>43</sup> In het licht van het genoemde algemene Nederlandse rechtsbeginsel is deze bepaling nog steeds overbodig, maar zij werkt in ieder geval niet meer beperkend.<sup>44</sup>

Het ontbrekend stukje in dit overzicht is de vraag of een uitzondering moet worden gemaakt op het geheimhoudingsrecht bij zuiver feitelijke bevindingen van de betrokken vertrouwenspersoon.<sup>45</sup>

In zijn rechtspraak legt de Hoge Raad de nadruk op *“het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot [vertrouwenspersonen, HS] moet kunnen wenden”*,<sup>46</sup> en wijst er op dat het bij de geheimhouding, en dus ook bij het verschoningsrecht, gaat om *“al hetgeen [de vertrouwenspersonen, HS] in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd”*, respectievelijk *“alles waarvan de wetenschap [de vertrouwenspersoon] als zodanig is medegedeeld”*, waarbij geen onderscheid kan worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens.<sup>47</sup>

Fernhout ziet daarbij een limitering van het verschoningsrecht in de woorden ‘in hun hoedanigheid’/‘als zodanig’: volgens hem moet de betrokken informatie aan de vertrouwenspersoon zijn medegedeeld met het oog op de specifiek door hem te verlenen bijstand, die kan verschillen van vertrouwensberoep tot vertrouwensberoep en die zich ook in de tijd kan ontwikkelen.<sup>48</sup> Bij notarissen gaat het bijvoorbeeld niet meer louter om het passeren van aktes, maar om het geven van juridisch advies in den brede.<sup>49</sup> Ook bij het advocaten gaat het niet louter om het procederen, maar ook en vooral om advies.<sup>50</sup> Voor hem preadviseerde Lubbers in dezelfde zin: het moet gaan om gegevens waarover de vertrouwenspersoon in de uitoefening van zijn vertrouwensfunctie kwam te beschikken.<sup>51</sup>

torganisatie’.

43 In het voorontwerp Instellingswet ACM had het ministerie van EZ nog vrolijk alle rechtsgebieden opgesomd waarop de toekomstige eenge-maakte ACM actief zou worden.

44 In zijn Memorie van Toelichting zet de minister wel uiteen dat het geheimhoudingsrecht niet onbeperkt is: *“Zo zijn stukken die als afschrift zijn gestuurd aan de advocaat niet zonder meer uitgezonderd van inzage. Zijn de originele stukken te vinden bij de overtreder, dan maakt puur het feit dat ze (ook) in afschrift aan de advocaat zijn gestuurd niet, dat ze niet gebruikt kunnen worden door de ACM.”*

45 Ik laat hier de uitvoerige rechtspraak buiten beschouwing over het verschoningsrecht van advocaten en notarissen die betrokken zijn bij de mogelijke totstandkoming van een overeenkomst. Zie daarvoor de in de noten 31 en 35 aangehaalde arresten *Panholzer/Cancuk, Notaris Maas, Tomol/Van Eijck* en *Van Olst/Ontvanger*, alsmede HR 11 maart 1994, *NJ* 1995, 3, m.nt. Sneijders (*Kilbarr*).

46 Arrest *Notaris Maas*, aangehaald in de tekst bij noot 28, r.o. 3.1.

47 *Ibidem*, r.o. 33.

48 Fernhout, in noot 26 a.w., para. 3.4.8.1.

49 A.w., para. 3.4.8.1.1, onder verwijzing naar onder andere het in noot 45 aangehaalde arrest *Kilbarr*.

50 A.w., para. 3.4.8.1.3.

51 A.G. Lubbers, ‘Het professionele (functionele) verschoningsrecht’, preadvies, *Handelingen van de Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, para. 5.1 en 5.3.

Daarmee rijst de vraag naar de bescherming van stukken die door vertrouwenspersonen buiten de vertrouwensrelatie zijn opgesteld. In verschillende op 23 september 2005 gewezen arresten van zijn belastingkamer<sup>52</sup> kiest de Hoge Raad voor een duale benadering met betrekking tot een fiscaal due diligence rapport: feitelijke bevindingen die dienen ter advisering zijn beschermd, andere niet:

“3.2 [H]et tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te rekenen beginsel van *fair play* verzet zich ertegen dat een inspecteur van zijn bevoegdheid ex artikel 47 AWR gebruik maakt om kennis te krijgen van rapporten en andere geschriften van derden voor zover zij ten doel hebben de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten of hem daaromtrent te adviseren. Deze overweging geldt ook voor de onderdelen van die geschriften die met dat doel gegevens van feitelijke of beschrijvende aard bevatten. De resterende (niet op dat doel betrekking hebbende) onderdelen dienen wel – desgevraagd – te worden verstrekt, waartoe het nodig kan zijn dat het document wordt gesplitst of geschoond.”

Waarom de Hoge Raad het hier niet heeft over het door de staatssecretaris van Financiën naar fiscalisten en accountants uitgebreid verschoningsrecht, maar over het bestuursrechtelijke *fair play* beginsel, wordt niet helemaal duidelijk. Een verklaring is wellicht dat de staatssecretaris die uitbreiding indertijd had gemotiveerd door te zeggen dat het niet ‘fair’ zou zijn als de belastingdienst inzage zou krijgen in de analyse van de adviseur van de belastingplichtige.<sup>53</sup>

Omdat fiscalisten en accountants door de staatssecretaris wat het verschoningsrecht betreft op één lijn zijn gebracht met de klassieke vertrouwenspersonen, lijkt dit oordeel van de Hoge Raad wel te moeten worden doorgetrokken naar de klassieke vertrouwenspersonen, waaronder de advocaat. Deze rechtspraak lijkt te stroken met die van het EHRM, waarin de nadruk ook wordt gelegd op de rol van de advocaat in het bijstaan van zijn cliënten, rol die niet aan de orde is bij zuivere *fact finding*.

### 3. De Vestia-zaak

#### 3.1 Achtergrond

In de jaren voorafgaand aan 2012 heeft kasbeheerder Marcel de Vries van Vestia onder het bewind van enig statutair bestuurder Erik Staal voor rekening van Vestia een derivatenportefeuille opgebouwd dat eind 2011 tot financiële problemen leidt. Deze problemen komen begin 2012 naar buiten en Vestia treedt in onderhandelingen met de betrokken banken, waarbij zij het grootste deel van haar derivatenpositie uiteindelijk voor € 2 miljard afkoopt. Het WSW moet bijspringen en de overige corporaties krijgen een Vestia-saneringsheffing van ongeveer € 700 miljoen opgelegd.

In de nasleep van deze crisis geeft Vestia aan een advocatenkantoor opdracht een rapport op te stellen over haar *governance* in de betrokken periode. Dat rapport had blijkbaar tot doel:

“het verkrijgen van een onafhankelijk en objectief beeld van de feitelijke gang van zaken rond de totstandkoming van de derivatenpositie van Vestia.”<sup>54</sup>

Onder anderen Staal en betrokken oud-commissarissen van Vestia krijgen inzage in het rapport. Zij krijgen blijkbaar geen afschrift, maar hun advocaten kopiëren met de hand de volgende passage:

“Het rapport bevat uitsluitend feitelijke bevindingen omtrent de in par. (...) vermelde onderwerpen van het Onderzoek. Het Rapport bevat geen juridische bevindingen, noch juridische kwalificaties of juridische conclusies van vermelde feitelijke bevindingen.”<sup>55</sup>

Die advocaten tekenen ook op dat het advocatenkantoor in het rapport de verwachting uitspreekt dat Vestia dat rapport zal moeten delen met de relevante autoriteiten.

Vestia stelt vervolgens Staal, De Vries en een aantal oud-commissarissen aansprakelijk voor de geleden schade. Zij verwijst daarbij onder andere naar het *governance* rapport. Na weigering van betrokkenen vordert Vestia vergoeding van die schade in twee afzonderlijke procedures voor de Rechtbank Den Haag, één tegen De Vries en de andere tegen Staal en zes oud-commissarissen.

De Vries vordert op zijn beurt incidenteel Staal, diens opvolgers, voormalig directeur financiën en control Kees Weevers, elf oud-commissarissen, het WSW, het CFV, de Staat en de betrokken banken in vrijwaring te kunnen opgeroepen. Daarnaast vordert hij krachtens artikel 843a Rv inzage in een aantal stukken, waaronder de derivatencontracten en stukken met betrekking tot de *governance* van Vestia. Bij vonnis van 8 januari 2014 staat de Rechtbank Den Haag De Vries toe Staal, Weevers en acht van de elf oud-commissarissen in vrijwaring op te roepen en veroordeelt zij Vestia tot het verstrekken van afschriften van een deel van de betrokken stukken.<sup>56</sup>

#### 3.2 Het vonnis

In de tweede zaak vraagt Staal om toestemming om een nog bontere verzameling aan entiteiten in vrijwaring te kunnen oproepen. Met de oud-commissarissen vordert hij daarnaast inzage in bepaalde bescheiden, waaronder, deze keer, het *governance* rapport.

Met betrekking tot dat rapport beroept Vestia zich op een mededeling van het advocatenkantoor dat het binnen het functioneel verschoningsrecht van zijn advocaten valt.

De rechtbank wijst dat beroep af:

“3.67 Gezien het voorgaande [(i) voorbehoud dat het rapport geen juridische bevindingen bevat; (ii) voorbehoud dat het rapport waarschijnlijk aan autoriteiten zal moeten worden verstrekt; en (iii) verwijzing naar dat rapport in de aansprakelijkstelling, HS] is hiermee geen sprake

52 ECLI:NL:HR:2005:AR6468 met conclusie A-G Wattel; «JOR» 2005/264, m.nt. Van der Korst; *NTR* 2005/1232, m.nt. Pechler onder 1233.

53 Conclusie A-G Wattel van 23 september 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR6468, Bijlage, punt 6.6 en voetnoot 57 met verwijzing naar *Handelingen II* 1951/52, p. 1940, rk.

54 R.o. 3.66, onweersproken stelling van de ex-commissarissen.

55 *Idem*.

56 ECLI:NL:RBDHA:2014:51.

van een intern, adviserend en vertrouwelijk stuk over de standpuntbepaling door Vestia in eventueel door haar te voeren gerechtelijke procedures, doch van een stuk dat de weerslag vormt van een feitelijk onderzoek. De door Vestia aangehaalde mededeling van [het advocatenkantoor], dat het rapport valt binnen de reikwijdte van het (functioneel) verschoningsrecht van (advocaten van) [het advocatenkantoor], wordt gelogenstraft door de door de commissarissen aangehaalde passage, waarin [het advocatenkantoor] benadrukt dat het rapport geen juridische bevindingen, kwalificaties of conclusies bevat en door het voorbehoud ten aanzien van verstrekking van het rapport

## De cruciale vraag, die de rechtbank niet beantwoordt, is of is uitgesloten dat het governance rapport bestemd kon zijn om advies in te winnen over de eigen rechtspositie.

aan de relevante autoriteiten. Tevens is van belang dat er aan de commissarissen eerder reeds inzage in het rapport is verstrekt. Aldus is geen sprake van een door de advocaten van Vestia aan Vestia uitgebracht juridisch advies waarvan Vestia de inhoud in beginsel niet met derden hoeft te delen, aangezien anders het in Nederland geldende rechtsbeginsel dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene moet kunnen wenden tot een advocaat voor bijstand en advies, in te grote mate geweld zou worden aangedaan. Het door Vestia gedane beroep op het (afgeleid) verschoningsrecht van (de advocaten van) [het advocatenkantoor] stuit af op het voorgaande."

### 3.3 Beoordeling

Dit oordeel roept vragen op.

De rechtbank oordeelt ten eerste dat het rapport geen advies bevat ter standpuntbepaling van Vestia in een eventuele procedure. Zonder die bronnen te vermelden lijkt zij zich daarmee aan te sluiten bij de door Fernhout en Lubbers<sup>57</sup> verdedigde lezing van de woorden 'als zodanig toevertrouwd' en het in HR 23 september 2005<sup>58</sup> gemaakte onderscheid tussen enerzijds feitelijke bevindingen ten behoeve van advisering en anderzijds feitelijke bevindingen die zonder dat doel worden opgesteld.

Het betrokken advocatenkantoor heeft inderdaad zelf benadrukt dat zijn rapport uitsluitend feitelijke bevindingen bevat en geen juridische 'bevindingen, kwalificaties of conclusies'. Daardoor lijkt het stuk op het eerste gezicht niet te vallen binnen de sfeer van de vertrouwensfunctie van de advocaat, namelijk het zich ongestoord tot een advocaat kunnen wenden ter bepaling van de eigen rechtspositie.

De cruciale vraag, die de rechtbank niet behandelt, is hier echter of is uitgesloten dat het *governance* rapport, met

de daarin verzamelde feiten, bestemd was of kan zijn om als input te dienen om advies in te winnen over de eigen rechtspositie, bij hetzelfde of een ander advocatenkantoor. Het gaat dan niet zozeer om de vraag door wie het rapport is opgesteld, maar waarvoor. De caveat dat het rapport alleen feitelijke bevindingen bevat kan in dat kader louter zijn bedoeld als waarschuwing dat eventuele juridische kwalificaties pas later zullen komen. Helaas zwijgt het vonnis over deze achtergrond, waardoor wij het op dit punt niet op zijn juistheid kunnen toetsen.

Dat het advocatenkantoor heeft gewaarschuwd dat het rapport waarschijnlijk aan toezichthouders zou moeten worden medegedeeld doet niet af aan het verschoningsrecht. Vestia kan om haar moverende redenen het rapport vrijwillig of onder dwang, maar steeds onder geheimhouding, met een toezichthouder delen, zonder dat zij daarmee echter haar geheimhoudingsrecht *in civilibus* en *erga omnes* heeft prijsgegeven.

Ook het aan betrokkenen inzage geven in het rapport hoeft niet te betekenen dat de geheimhouding is prijsgegeven. Vestia kan hebben overwogen die inzage in een conceptversie in het kader van hoor en wederhoor te geven, maar heeft aan betrokkenen in dat kader blijkbaar geen afschrift van dat concept willen verstrekken, hetgeen het geheime karakter van dat rapport juist benadrukt.

Het oordeel van de rechtbank over het *governance* rapport is daarom voor een deel onjuist en voor een deel niet goed controleerbaar.

## 4. Slot

Hoewel naar Nederlands recht – over alle kolommen heen – sprake is van een zeer sterk en algemeen verwoord geheimhoudingsrecht voor de correspondentie tussen advocaat en cliënt, of deze zich nu bij de advocaat of de cliënt bevindt, heeft de Hoge Raad daar een uitzondering op gemaakt voor feitelijke bevindingen die niet zijn verzameld met het oog op bijstand of advisering. Die uitzondering heeft Vestia hier parten gespeeld, hoewel uit het vonnis helaas niet duidelijk wordt of het stuk niet (mede) is opgesteld ten behoeve van latere advisering door (dezelfde of een andere) advocaat. Het verdient derhalve aanbeveling om in een *fact finding* opdracht aan een advocaat of notaris duidelijk van tevoren vast te leggen of die *fact finding* plaatsvindt als doel op zich, of met het oog op latere advisering of bijstand.

### Over de auteur

Mr. Herman Speyart is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam. Kantoorgenoten van hem staan een van de in deze zaak in vrijwaring opgeroepen banken bij.

57 Zie hiervoor, noten 26 en 50.

58 Zie hiervoor, noot 51.