

*Handelingen 1986
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel I, tweede stuk*

‘Het professionele (functionele)
verschoningsrecht’

*Preadviezen van
prof. mr. J.B.M. Vranken
prof. mr. A.G. Lubbers*

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Vranken, J. B. M.

'Het professionele functionele verschoningsrecht' : preadviezen van J. B. M. Vranken, A. G. Lubbers. – Zwolle : W. E. J. Tjeenk Willink. – (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging ; 1986, jrg. 116, dl. 1, tweede stuk)

ISBN 90-271-2482-5

SISO 393.39 UDC 347.943(492)

Trefw.: verschoningsrecht.

ISBN 90 271 2482 5

Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

Het professionele (functionele) verschoningsrecht

PREADVIEZEN VAN

PROF. MR. J.B.M. VRANKEN, I

PROF. MR. A.G. LUBBERS, 135

PREADVIES PROF. MR. J.B.M. VRANKEN

Het professionele (functionele) verschoningsrecht

Inleiding

1. Een eerste verkenning, 7
 - (1) Veel afzonderlijke wettelijke bepalingen, 7
 - (2) Leemten en verschillen, 9
 - (3) Plan van behandeling. Nadruk op het civiele recht, 9
2. De keerring, 10
 - (4) Aktualiteit van het onderwerp en het wetsontwerp Nieuw Bewijsrecht, 10

Hoofdstuk I. Plaatsbepaling van het onderwerp in een rechtsvergelijkend perspectief

- 1.1. De regeling van het civiele verschoningsrecht in Nederland en in enige andere continentale rechtsstelsels, 13
 - (5) Verschoningsrecht en getuigplicht. Wettelijke omschrijving of opsomming van de verschoningsgerechtigden, 13
 - (6) Aansluiting bij strafrechtelijke geheimhoudingsplichten. Twee verschillen tussen de onderscheiden rechtsstelsels, 15
 - (7) Eerste verschil: de mate waarin strafrechtelijke geheimhoudingsplichten zijn gespecificeerd, 15
 - (8) Tweede verschil: de mate waarin verschoningsgerechtigden samenvallen met degenen op wie een strafrechtelijke geheimhoudingsplicht rust, 16
 - (9) Gemeenschappelijke wettelijke constructie: getuigplicht – geheimhoudingsplicht – verschoningsrecht, 18

1.2. De Common Law-Landen, 20

- (10) Professional privilege in plaats van verschoningsrecht, 20
- (11) Slechts twee professional privileges in Engeland. Andere technieken (1), 20
- (12) Ontstaan van privileges: samenhang met discovery en het toelaten van de partij als getuige, niet met geheimhoudingsplichten. Andere constructie dan in continentale rechtsstelsels: privileges als rechten van de cliënt, 24
- (13) Ratio van de beperking tot het legal en patent professional privilege. Omvang van de privileges, 26
- (14) Samenvatting, 30
- (15) Andere technieken (2): the public interest immunity, 32
- (16) Privileges in de Verenigde Staten van Amerika, Canada, Australië en Nieuw Zeeland, 34
- (17) Verschil met Engeland, 38

1.3. Het Europese recht, 38

- (18) Art. 85 en 86 EEG, 38
- (19) De AMS-zaak, 39
- (20) Wie beslist over vertrouwelijkheid gegevens: Hof of Commissie? 42
- (21) Continentale of Angelsaksische benadering? 42

Hoofdstuk II. De af te wegen belangen

2.1. Orde van het betoog, 46

- (22) Zeven vragen, 46
- (23) Welke vragen wel en welke niet uitvoerig worden behandeld, 46

2.2. Twee opmerkingen vooraf, 48

- (24) De aard van de belangen, 48
- (25) Het ontbreken van feitelijke, door empirisch onderzoek verkregen gegevens, 49
- (26) Procesrechtelijke tegenover materieelrechtelijke belangen, 50

2.3. Procesrechtelijke belangen ofwel het nadeel voor de rechtsbedeling bij de erkenning van een verschoningsrecht, 51

- (27) Onderscheid feitelijke grondslag en bewijsrecht, 51
- (28) Taakverdeling tussen rechter en partijen bij het bepalen van de feitelijke grondslag, 52
- (29) Inlichtingen-, documentatie-, mededelings- en waarheidsplicht van partijen? 54
- (30) Eigen onderzoeksrecht van de rechter? 56
- (31) Taakverdeling tussen rechter en partijen bij de bewijsoverlevering, 57
- (32) Conclusie met betrekking tot het nadeel voor de rechtsbedeling bij de erkenning van een verschoningsrecht, 58
- (33) Wat betreft de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs: allerm minst éénduidig, 59

- (34) Wat betreft het getuigenbewijs: evenmin éénduidig, 63
- 2.4. Materieelrechtelijke belangen, 65
- (35) Klassiek belang: de hulpverlening, 65
- (36) Tendens ook andere belangen te erkennen. Niet onder één noemer te brengen, 66
- (37) Voorbeelden, 68
- (38) Beide soorten belangen missen op zichzelf onderscheidend vermogen voor het bepalen van de 'maatschappelijke gepatenteerdheid' van ambt of beroep. Dat geldt ook voor vertrouwelijkheid, privacy en de vrees voor het niet meer consulteren van beroepsbeoefenaren. Nadere gezichtspunten vereist, 68
- (39) *Eerste en belangrijkste gezichtspunt* is het al dan niet bestaan van een wettelijke regeling van ambt of beroep ten aanzien van:
Toelating, deskundigheid en institutionalisering. Toenemende betekenis, 71
(journalist, registeraccountant, sociologisch onderzoeker, medewerker Buro voor Rechtshulp, advocaat, notaris, accountantsadministratieconsulent, deurwaarder, makelaar)
- (40) Tuchtrecht, 74
(advocaat, registeraccountant, octrooigemachtigde, notaris, arts, accountantsadministratieconsulent, deurwaarder, makelaar, medewerker Buro voor Rechtshulp, belastingconsulent)
- (41) Aard en inhoud van de functie, 76
(medewerker Buro voor Rechtshulp, Voorontwerp Wet BIG, registeraccountant)
- (42) Redelijk omlinnde of te omlijnen taak, 78
(maatschappelijk werker, psycholoog, psychotherapeut, reclasseringsambtenaar, gezinsvoogd, medewerker Raad voor de Kinderbescherming, Sociale Dienst Gemeenten of van een van de vele consultatieburo's)
- (43) Geen ver uiteenlopende belangen die behartigd worden, 79
(registeraccountant, faillissementscurator, journalist)
- (44) Dienen van meerdere partijen. In beginsel geen verschoningsrecht, 79
(notaris, gezinsvoogd, medewerker consultatieburo)
- (45) Dubbelfuncties: twee vormen, 82
(registeraccountant, advocaat, deurwaarder, arts-psychiater, advocaat-belastingconsulent)
- (46) Conclusie met betrekking tot het *eerste gezichtspunt*, 84
- (47) *Tweede gezichtspunt*: onafhankelijkheid. Functionele onafhankelijkheid wel vereist, hiërarchische structuur of dienstbetrekking geen sta-in-de-weg, 84
(advocaat, notaris, de 24 beroepsgroepen van het Voorontwerp Wet BIG, keuringsarts, verzekeringsgeneeskundige, bedrijfsarts, controlerend geneesheer, verouwenarts, medewerker reclassering, Raad voor de Kinderbescherming, belastingen, uitvoeringsorganen sociale verzekeringen en collectieve voorzieningen, Hoofd Accountantsdienst Nederlandse Bank)
Problematic van de informanten of tipgevers (politie, Happy Family, journalist)

- (48) *Derde gezichtspunt: rechtsbijstand? 88*
(octrooigemachtigde, deurwaarder, medewerker Bureau voor Rechtshulp, Rechtskundige Diensten, wetswinkel, juridische EHBO, bedrijfsjurist, belastingconsulent)
- (49) *Vierde gezichtspunt: duurzaamheid en exclusiviteit, 95*
- (50) Nader over hulpverlening en vertrouwelijkheid. Conclusie ten aanzien van de wijze waarop de 'maatschappelijke gepatenteerdheid' van een ambt of beroep moet worden vastgesteld, 96

Hoofdstuk III. Aard en omvang van het verschoningsrecht

3.1. Het verschoningsrecht als een recht van de cliënt, 97

- (51) Toestemming van de cliënt heft in Nederland het verschoningsrecht niet zonder meer op. Verschil met andere continentale rechtsstelsels en met nog niet zo lang geleden, 97
- (52) Bevoogding van de cliënt, voortvloeiend uit beroepsopvatting die in relatie tot de cliënt is gedefinieerd in termen van altruïsme en autonomie, 100
- (53) Bezwaren tegen opvatting van verschoningsrecht als een recht van de cliënt ongegrond, 101
- (54) Toelating van de partij als getuige niet doorslaggevend, 103
- (55) Praktische argumenten vóór de opvatting van de cliënt als verschoningsgechtigde, 104

3.2. De rechtspositie van de beroepsbeoefenaar en de rechterlijke controle op het invoeren van een verschoningsrecht door de cliënt, 106

- (56) Verschoningsrecht niet absoluut. Invloed van de beroepsbeoefenaar en diens eigen verantwoordelijkheid, 106
- (57) Controle door de rechter. Pleidooi voor een minder terughoudende toetsing door de rechter dan thans uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt, 108
- (58) Argument Hoge Raad voor terughoudendheid is de rechtszekerheid. Rechtszekerheid echter gediend met duidelijke beslissingsmaatstaven, niet met een terugtreden van de rechter. Voorbeelden: notaris, advocaat en belastingconsulent, 110
- (59) Consequenties van een actievare opstelling van de rechter in verschoningszaken, 113

3.3. De taak van de rechter nader ingevuld, 114

- (60) Ten aanzien van de in beginsel-toelaatbaarheid van een verschoningsrecht. Gezichtspunten van hoofdstuk II, par. 3 en 4. Inschakelen van derden, 114
- (61) Ten aanzien van de uitoefening in concreto: de omvang van het verschoningsrecht. In het algemeen alle mondelinge en schriftelijke verkeer, met uitzondering van reeds bestaande documenten en de naam van de cliënt. Geen frauduleus of illegaal oogmerk. Botsing met het verschoningsrecht wegens gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling. Bijwonen van besprekingen: kritiek op de maatstaf Hoge Raad, 116

- (62) Ten aanzien van de uitoefening in concreto: de omstandigheden van het geval, met name wat betreft het te vrezen nadeel voor de rechtsbedeling van de erkenning van een verschoningsrecht. Geen onderscheid tussen dagvaardings- en requestprocedures; geen onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke, vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen, 120
- (63) Verschoningsrecht als uitzonderingsrecht. Behoeft aan bescherming van vertrouwelijke gegevens buiten verschoningsrecht, 122

3.4. De procedure, 123

- (64) Consequenties van een aktievere opstelling van de rechter in procedureel opzicht: waarborgen voor een objectieve en zo weinig mogelijk nadeel toebrengende wijze van beoordeling of informatie geprivilegieerd is of niet, 123
- (65) Wenselijkheid van procedurevoorschriften in verschoningszaken ook buiten de in nr. 64 bedoelde situaties, 125

Hoofdstuk IV. Enkele conclusies

- (66) Ten dele in de vorm van een antwoord op de zeven vragen in hoofdstuk II, par. 1 van dit preadvies, 126

Bijlage: lijst van wetsbepalingen waarin opgenomen een verschoningsrecht, 131

INLEIDING*

1. Een eerste verkenning

1. De door het bestuur van de Nederlandse Juristenvereniging geformuleerde vraagstelling

Dient de wetgever nadere regelingen te geven met betrekking tot het verschoningsrecht uit hoofde van ambt, betrekking of beroep?

is gericht op die categorie verschoningsgerechtigden die in het civiele recht (art. 1946 lid 2 sub 3 BW) wordt omschreven als ‘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 zoodanig is toevertrouwd’ (1).

Andere categorieën, meer in het bijzonder die van de gezins- en familieleden, dienen buiten de beraadslagingen te worden gehouden (2).

Desondanks is het onderwerp nog erg omvangrijk. Een verschoningsrecht wegens ambts- of beroepsgeheim is niet alleen geregeld in het civiele recht, maar evenzeer in het strafrecht (art. 218 Sv.), het administratieve recht (art. 46 Wet Raad van State; art. 48 Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie en art. 30 Ambtenarenwet), het belastingrecht (art. 53 Algemene

* Met dank aan M. van der Weijden, student-assistente vakgroep privaatrecht van de Katholieke Hogeschool Tilburg, voor haar hulp bij het verzamelen van het materiaal voor dit preadvies.

(1) De formulering is in de verschillende onderdelen van het recht of in de afzonderlijke wetten, die hierna worden genoemd of waarnaar wordt verwezen, niet overal dezelfde.

(2) Vergelijk o.m. art. 1946 lid 2 sub 1-3 BW en art. 217 en 219 Sv. Buiten beschouwing blijft ook de verschonings

plicht

 van de rechter in een geval als bedoeld in art. 30 e.v. Rv. (waking) en het geheim van de raadkamer van art. 28/g RO.

Wet inzake Rijksbelastingen; art. 15 lid 3 sub *b* Wet administratieve rechtspraak belastingzaken) en het sociaal-verzekeringsrecht (art. 53 Beroepswet). Daarnaast zijn tientallen (3) bijzondere wetten te noemen, variërend van de Wet Nationale Ombudsman en de Wet op de Parlementaire Enquête (4) tot de Zaaizaad- en Plantgoedwet. Kort en goed komt het Nederlandse stelsel er op neer dat ieder wetboek en iedere wet waarvoor dat wenselijk wordt geacht, zelf in een regeling van het verschoningsrecht voorziet. De vele bepalingen die aldus in het leven zijn geroepen sluiten soms wel, soms niet op elkaar aan. Ook komt het voor dat in het geheel geen voorziening is getroffen. Het bekendste voorbeeld hiervan was tot voor kort de Faillissementswet. Art. 66 en 223 sub *b* FW kennen een verschoningsrecht slechts voor de (gewezen) echtgenoot en de bloedverwanten in de rechte linie. De houders van een ambts- of beroepsgeheim worden niet genoemd. Zijn ze daardoor uitgesloten? In zijn beschikking van 1 maart 1985 (5) inzake notaris Maas heeft de Hoge Raad deze vraag beslist op een wijze die een verdergaande betekenis doet vermoeden. De Hoge Raad overweegt namelijk dat de grondslag van het verschoningsrecht uit hoofde van ambts- of beroepsgeheim

3.1 . . . 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° BW, voor het strafrecht in art. 218 Sv. en voor het belastingrecht in . . .

3.2 Onderdeel 1 van het eerste middel betoogt dat de notaris zich niet kan beroepen op een verschoningsrecht, nu art. 223*b* FW te zijnen aanzien geen uitzondering op de getuigplicht bevat en art. 1946 lid 2, aanhef en onder 3° BW te dezen niet van toepassing is. Het onderdeel faalt reeds omdat het miskent dat het verschoningsrecht op het onder 3.1 bedoelde algemene rechtsbeginsel berust, zodat voor een beroep daarop toepasselijkheid van art. 1946 BW niet is vereist, en dat noch in de

(3) Zie de opsomming van de met behulp van de N-lex van de KH Tilburg gevonden wetten – vijftig in getal – in bijlage I. Een thans verouderde opsomming geeft H. Maas, De strafbaarstelling van schending van geheimen, T.v.S. LIX, p. 132-136 (Jo. NJB 1950, p. 848/9).

(4) Recent in de belangstelling in verband met de RSV-enquête. Over de onvolkomenheden van de regeling P.J. Boon, De RSV-enquête: een ontwaakt Doornroosje of een dagdroom van de prins?, NJB 1985, p. 141 e.v.

(5) HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985, 52.

tekst van art. 223b FW, noch in de wetsgeschiedenis steun is te vinden voor de stelling dat deze bepaling de strekking zou hebben voor wat het daar bedoelde verhoor betreft het verschoningsrecht van degenen die uit hoofde van hun beroep of ambt tot geheimhouding verplicht zijn, buiten werking te stellen.

2. Deze overwegingen zijn voer voor rechtstheoretici in het debat over de verhouding van regels en beginselen (6). Ik moet op deze plaats volstaan met de conclusie dat de argumentatie van de Hoge Raad dienst kan doen in alle gevallen van ontbrekende wettelijke voorzieningen over het verschoningsrecht. Het leemteprobleem zou daarmee geëcarteerd zijn.

Een andere vraag is of het verschoningsrecht op de onderscheiden deelterreinen van het recht een identieke of vergelijkbare inhoud, omvang en betekenis heeft. Van vele kanten wordt dit beweerd (7) en ook de geciteerde beschikking van de Hoge Raad zou op een bevestigend antwoord kunnen wijzen. Wat betreft de registeraccountants is inmiddels geen twijfel meer mogelijk. In een beschikking van 14 juni 1985 heeft de Hoge Raad ieder verschil in dit opzicht tussen strafrecht en civiel recht afgewezen (7a). Toch is dit niet vanzelfsprekend. In de eerste plaats niet omdat waar het verschoningsrecht wettelijk is geregeld, dit niet overal op uniforme wijze is gebeurd. Dat kan uitdrukking zijn van materiële verschillen. In de tweede plaats niet omdat waar het verschoningsrecht niet is geregeld, de afweging van de in aanmerking komende belangen niet voor alle deelterreinen van het recht dezelfde hoeft te zijn.

3. Het moge duidelijk zijn dat de uitgebreidheid van het onderwerp tot beperking dwingt. Nu nog niet zo lang geleden diepgaand is geschreven over het verschoningsrecht in strafzaken (8), lijkt het verantwoord hieraan op deze plaats minder aandacht te besteden. Ik concentreer mij op het verschoningsrecht in civiele zaken. De opbouw van het betoog is als volgt. Na een

(6) Onder meer hierover Scholten – Scheltens – Van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, 1980; Dworking, *Taking rights seriously*, 1978; Hart, *The concept of law*, 1961.

(7) Uitgebreid J. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, 1975, p. 31 e.v. Anders daarentegen verschillende, hierna te bespreken, rechtssstelsels met uitzondering van het Italiaanse. Zie ook G.L. Peires, *Legal professional privilege in commonwealth law*, *The Intern. and comparative Law Quarterly*, 1982, p. 609 e.v., met name p. 628.

(7a) Gepubliceerd in R.v.d.W. 1985, 125. De strafrechtelijke uitspraak, waarbij werd aangesloten, was HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132.

(8) J. Verburg, 1975 (noot 7); dez., *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht*, *preadvies NVVR* 1984; dez., *Het beroepsgeheim*, 1985.

schets van de telkens terugkerende aktualiteit van het onderwerp in het vervolg van deze inleiding, begin ik in hoofdstuk I met een analyse van de regeling van het verschoningsrecht in een aantal rechtssstelsels. Blijken zal dat deze regelingen, ook afgezien van het al dan niet bestaan van een wettelijk kader, in continentale en in Angelsaksische systemen aanzienlijk van elkaar verschillen. Een tussenpositie neemt het Europese recht in. Mede aan de hand van dit rechtsvergelijkende overzicht onderscheid ik vervolgens een zevental kwesties, waarin het onderwerp van dit preadvies kan worden 'opgedeeld'. Voor een opsomming van deze kwesties, verwijs ik naar par. 1 van hoofdstuk II, alwaar ik tevens aangeef welke van de zeven kwesties ik in dit preadvies zal behandelen en in welke volgorde.

2. De keerring

4. De problematiek van het verschoningsrecht is uiterst aktueel. Na een periode van betrekkelijke rust is in korte tijd de civiele kamer van de Hoge Raad zes keer en de strafkamer twee keer geconfronteerd met een beroep op een verschoningsrecht. In chronologische volgorde waren dit een registeraccountant, een sociologisch onderzoeker, het hoofd van de Accountantsdienst van de Nederlandse Bank, een advocaat, een notaris, weer een advocaat, weer een registeraccountant en een juridisch medewerker van een Bureau voor Rechtshulp. In een aantal zaken, waaronder die van een belastingconsulent, is nog niet beslist (9). De lagere rechtspraak krijgt eveneens een toenevend aantal beroepen op een verschoningsrecht te verwerken (10). Voor het

(9) Achtereenvolgens HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 (strafkamer-registeraccountant); HR 10 januari 1984, NJ 1984, 722 (strafkamer – sociologisch onderzoeker); HR 13 april 1984, R.v.d.W. 1984, 86 (hoofd Accountantsdienst Nederlandse Bank); HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 (advocaat); HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985, 52 (notaris) met in dezelfde zaak HR 10 juni 1983, NJ 1984, 270, handelend over de vraag hoger beroep of cassatie, maar waarbij de Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh in haar conclusie al ingaat op de kwestie van het verschoningsrecht; HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 120 (advocaat); HR 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 125 (registeraccountant – civiele kamer); HR 25 oktober 1985, 192 (medewerker Buro voor Rechtshulp); in de zaak van de belastingconsulent is wel al – in afwijzende zin – geconcludeerd, maar nog niet beslist. (10) Ik noem de zaken van de journalisten van de Nieuwe Revue in Zwolle (NJ 1985, 490) en Amsterdam, die van J. van Rijn van de RSV in Den Haag, die van de curatoren van de Tilburgse Hypotheekbank over de vraag of de Nederlandse Bank al in 1981 heeft gewaarschuwd en die van de Amsterdamse gemeenteraadsleden, die de namen van hun informanten weigeren te onthullen in de Happy Family-zaak. Te denken is ook aan de geruchtmakende zaak van de Belgische journalist van Humo die weigerde de bronnen bekend te maken voor een artikel over illegaal vuilstorten. Zie voorts Rb. Breda, 2 mei 1984, NJ 1984, 619 (adviesfunctie registeraccountant); Rb. Breda, 29 mei

internationale rechtsverkeer is van belang een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (11). In de Common Law-Landen (12) zijn de laatste jaren vele rapporten over het onderwerp verschenen, die meer dan eens aanpassingen van de Evidence Acts tot gevolg hebben gehad (13). Er is bovendien veel recente rechtspraak. Een en ander betekent dat de kwestie van het verschoningsrecht voor houders van ambts- of beroepsgeheimen weer in beweging is geraakt: traditioneel gerechtigden als advocaat en notaris worden opnieuw beproefd, anderen staan te dringen om erkenning. Vooralsnog in Nederland bij de Hoge Raad tevergeefs, maar het weerspiegelt de opgetreden verschuiving in het denken. In andere landen wordt met meer tastbaar resultaat geageerd.

Een herbezinning ligt in de rede. Het 'tempora mutantur' doet deze roep op gezette tijden weerklinken. Dat is in het verleden zo geweest en het zal in de toekomst niet anders zijn. Door de Nederlandse Juristenvereniging is al in 1905 vergaderd over de wenselijkheid van een nadere regeling van het ambts- of beroepsgeheim (preadviseurs Tak en Thijssen). In 1931 stond het onderwerp op de agenda van de Advocatenvereniging met inleidingen van Versteegen en Schorer. Petit preadviseerde in 1965 voor het Thijmgenootschap over *'Het recht van de getuige te zwijgen over geheimen'*. Intussen had mevrouw Hazewinkel-Suringa in 1959 haar monografie *'De doolhof van het beroepsgeheim'*

→ 1984, NJ 1984, 664 (belastingadviseur); Rb. Roermond, 21 april 1983, NJ 1985, 122 (accountantsadministratieconsulent); Hof Den Bosch, 26 juli 1984, NJ 1985, 121 (wederom een registeraccountant). Over de positie van de advocaat in de ABP-affaire schrijft C.P. Bierhuize, Moest de advocaat van de ABP zwijgen?, ESB 1983, p. 1983 e.v. Ten slotte: het Iraans-Amerikaanse Tribunaal wordt heel regelmatig met beroepen op 'privileges' geconfronteerd.

(11) Hof van Justitie 18 mei 1982 (zaak 155/79) inzake Australian Mining and Smelting Europe Limited vs. EC Commission, onder meer gepubliceerd in NJ 1983, 150 en in Common Market Law Report, 1982, p. 264-327 (met conclusies A-G).

(12) Gemakshalve zo aan te duiden. Zie C. Uniken Venema, Van common law en civil law, 1971, p. XVII e.v.

(13) Over die veranderingen o.m. G.L. Peires, 1982 (noot 7) en dezelfde, Medical professional privilege in commonwealth Law, The Intern. and comp. Law Quarterly, 1984, p. 301 e.v. Een aantal van de belangrijkste rapporten zijn voor Engeland het 16th Report of the Law Reform Committee of England van 1967 betreffende het civiele recht en het 11th Report of the English Criminal Law Revision Committee van 1972. Voor Canada is te noemen het Report on Evidence, 1975 van de Law Reform Commission of Canada, welk rapport sterk is geïnspireerd door de ontwikkeling in de VS van Amerika en de daar voorgestelde Federal Rules of Evidence, 1975 (zie voor karakter en betekenis van deze Rules, hierna noot 78). In Nieuw Zeeland tenslotte heeft het Torts and General Law Reform Committee in 1977 gerapporteerd over 'Professional privilege in the Law of Evidence'.

het licht doen zien. Specifiek op de positie van èèn beroepsgroep gericht waren in 1934 de preadviezen van Mostart en Spanjer voor de Broederschap van Candidaat-notarissen en die van Vos en C.H. Telders in 1957 voor de Advocatenvereniging, resp. over de notaris en over de advocaat. Koopmans schreef in 1978 over het verschoningsrecht van de journalist voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking. In 1975 promoveerde J.J.I. Verburg over *Het verschoningsrecht in strafzaken*. Verburg was het ook die eind 1984 het Nederlandse deel van de bijeenkomst van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Nederland en België voor zijn rekening nam met zijn studie *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht*, inmiddels omgewerkt tot de monografie '*Het beroepsgeheim*', 1985.

Alles bijeen alleen al voor Nederland een imposante reeks die na lezing een ietwat ontmoedigend gevoel van twijfel achterlaat of nog wel iets nieuws toe te voegen is aan het vele voortreffelijks dat er al over gezegd en geschreven is. Mevrouw Hazewinkel putte moed uit de eeuwige wet van de geestelijke en maatschappelijke verandering (p. 2). Ik troost mij met de gedachte dat de steen der wijzen toch niet te vinden is, maar dat dat ook niet nodig is. Het opnieuw overdenken van dit oude probleem – liefst zonder veel herhalingen van wat eerder te berde is gebracht – is op zichzelf al fascinerend, in het bijzonder omdat het bij voortduring confronteert met de grenzen van de macht van recht en regelgeving.

Voor het civiele recht in Nederland had het tijdstip niet beter gekozen kunnen worden. Binnenkort wordt de wettelijke regeling, waarvan het verschoningsrecht deel uitmaakt, herzien en de recente gebeurtenissen en ontwikkelingen hebben daarbij nog geen punt van overweging gevormd of kunnen vormen. Ik doel op het wetsvoorstel Nieuw Bewijsrecht in burgerlijke zaken (14), bij de Tweede Kamer in 1969 ingediend. Het bewijsrecht zal in zijn geheel worden verplaatst naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Art. 188 lid 2 sub b Nieuw Rv. verleent een verschoningsrecht aan een ieder die tot geheimhouding is verplicht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd (15).

De verschillen met art. 1946 lid 2 sub 3 BW zijn alleen tekstueel. Een inhoudelijke wijziging is niet beoogd. Integendeel is de huidige regeling zonder veel discussie of nadere toelichting overgenomen (16). De parlementaire behandeling van het wetsontwerp Nieuw Bewijsrecht verloopt traag. Te verwach-

(14) Kamerstukken 10377 jo. 17916.

(15) De vraagstelling van dit preadvies loopt hierop al vooruit.

(16) De belangrijkste wijziging betreft de omvorming van de onbekwamen van art. 1947 BW tot verschoningsgerechtigden, met andere woorden de categorie bloed- en aanverwanten die geen onderwerp van beraadslaging in dit preadvies vormt.

ten is dat invoering nog enige jaren zal duren. Een tamelijk unieke gelegenheid voor de Nederlandse Juristenvereniging de parlementaire gedachtenwisseling te beïnvloeden. Ook om die reden is het door het bestuur gekozen thema actueel en zelfs meer dan al uit de vraagstelling volgt (rechts)politiek geladen.

HOOFDSTUK I. PLAATSBEPALING VAN HET ONDERWERP IN EEN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

1.1. De regeling van het civiele verschoningsrecht in Nederland en in enige andere continentale rechtsstelsels

5. Een verschoningsrecht in de zin van art. 1946 lid 2 sub 3 BW en art. 188 lid 2 sub *b* Nieuw Rv. derogeert aan de in het eerste lid van die bepalingen neergelegde getuigplicht (17). De verplichting tot getuigen van een ieder die bekwaam is, is in ons rechtsstelsel – en niet alleen in het onze – van eminent belang geoordeeld. Op niet nakoming zijn zware sancties gesteld, zowel civielrechtelijk (art. 116 en 117 Rv. (18)) als strafrechtelijk (art. 192 en 444 Sr.) als, in voorkomend geval, tuchtrechtelijk (19). Ontsnappen kan slechts degene die een verschoningsrecht heeft, zoals de gerechtigde uit hoofde van ambts- of beroepsgeheim. De wetgever zou een limitatieve, enuntiatieve of anderszins omlinjnde opsomming van deze gerechtigden hebben kunnen geven. Eertijds is dat ook wel voorgesteld. De ontwerpen BW van 1816 en 1820 voorzagen in een verschoningsrecht voor praktizijns, notarissen en kerkelijke personen. In het verdere verloop van de totstandkoming van het BW is deze aanpak verlaten (20).

Een gedetailleerde en nagenoeg uitputtende lijst van verschoningsgerechtigden in het civiele recht bevat van de Westeuropese, continentale rechtsstelsels heden ten dage nog slechts het Italiaanse (21). Er wordt geen onderscheid

(17) Anders Noyon-Langemeijer-Remmelink, Wetboek van Strafrecht, art. 272 aant. 2.

18. Alsook door het verbeuren van dwangsommen: HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213.

19. Over de verhouding van verschoningsrecht en tuchtrecht hierna in nr. 39 en 40.

20. Over deze geschiedenis J. Verburg, 1975 (noot 7), p. 34 e.v.

21. Het hierna volgende is, bij gebrek aan kennis van het Italiaans, grotendeels ontleend aan Civil Procedure in Italy, uitgave van de Columbia University, School of Law, 1965, p. 219/221, aan het rapport Edward voor de EEG, The professional secret, confidentiality and legal professional privilege in the nine member states of the European community, 1975 en aan D. Oehler (red.), Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der EG sowie in Österreich und der Schweiz, 1978-1981, deel 2, p. 207-307.

gemaakt tussen strafrecht en civiel recht. Bepaald is dat de in art. 351 en 352 Ital. Sr. omschreven verschoningsrechten ook in civiele procedures kunnen worden ingeroepen. Ze komen toe aan, kort gezegd, geestelijken, advocaten en procureurs, notarissen, artsen, apothekers, vroedvrouwen en anderen in de medische sector, althans voorzover ze niet de verplichting hebben in voorkomend geval de overheid in te lichten. Ambtenaren en werknemers in dienst van de overheid is het zelfs verboden om te getuigen over geheimen die hun als zodanig zijn toevertrouwd of waarmee ze als zodanig bekend zijn.

In de Bondsrepubliek Duitsland is, behalve voor geestelijken, alleen het verschoningsrecht van leden van de pers heel precies bepaald. Dat is een uitvloeisel van het *Gesetz über das Zeugnisverweigerungsrecht der Mitarbeiter von Presse und Rundfunk* van 25 juli 1975 (22). De wet geldt bovendien zowel voor straf- als civielrecht alsmede in vele administratieve wetten. Voor het overige is de regeling voor het civiele recht in de Bondsrepubliek bijna gelijk aan de Nederlandse en dus even vaag, dit in tegenstelling tot het strafrecht, waar art. 53 Strafprozessordnung (Str. Po.) een preciese en limitatieve opsomming geeft. Art. 383 lid 6 van de Zivilprozessordnung (ZPO) verleent een verschoningsrecht aan Personen denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift verboten ist, in betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht (23).

Weer anders, met kantonale verschillen, is de situatie in Zwitserland (24).

(22) BGBl. 1975, I, 1973 en 2164. Hierover ook T. Koopmans, Het verschoningsrecht van de journalist, NVVR, 1978, p. 15 e.v. Ingevolge de tekst van de bepaling (art. 53 Str.PO en art. 383 ZPO) komt een verschoningsrecht toe aan: 'Personen die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von periodischen Druckwerken oder Rundfunksendungen berufsmässig mitwirken oder mitgewirkt haben, über die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährmanns von Beiträgen und Unterlagen sowie über die ihnen im Hinblick auf ihre Tätigkeit gemachten Mitteilungen für den redaktionellen Teil handelt'.

De interpretatie van deze bepaling is niet onomstreden. Bijv. zijn ingevolge rechtspraak van het BVerf. Gericht (NJW 1981, 971) en het BGH (NJW 1979, 1212) alleen de betrekkingen van journalisten tot hun informanten beschermd. Materiaal dat journalisten zelf opsporen is er niet onder begrepen. De beperking tot het redactionele deel wordt ook strikt gehandhaafd (BVerf. Gericht van 10 mei 1983 - NJW 1984, 1101). Zie bijv. M. Löffler, Lücken und Mängel im neuen Zeugnisverweigerungs- und Beschlagnahmerecht von Presse und Rundfunk, NJW 1978, p. 913 e.v.

(23) Ondanks de even vage omschrijving als in Nederland, is men in de BRD veel royaler met de toekenning van een verschoningsrecht. Zie hierna, nr. 8.

(24) M. Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979³, p. 343 e.v. (art. 241 Zwitsers B.R.v.); R. Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, p. 203-275.

Daar kunnen zich diegenen verschonen die door het afleggen van getuigenis een ambts- of beroepsgeheim zouden moeten openbaren, in het bijzonder een geheim dat hun als geestelijke, arts, apotheker, advocaat en notaris is toevertrouwd.

Oostenrijk verbiedt geestelijken en ambtenaren te getuigen op soortgelijke gronden als in Italië (art. 320 ZPO). In art. 321 ZPO verleent het, voorzover hier relevant, een verschoningsrecht aan advocaten en aan Kunst- oder Geschäftsgeheimnisträger.

6. Geheimhoudingsplichten kunnen voortvloeien uit wetten, overeenkomsten, normen van maatschappelijk behoren, beroepscodes en ereregelen. Ze zijn vaak, maar niet altijd strafrechtelijk gesanctioneerd (25). Wat opvalt in de bestudeerde landen is dat deze zonder uitzondering voor de regeling van het civiele verschoningsrecht aansluiting zoeken bij de strafrechtelijke bepalingen omtrent de geheimhoudingsplicht. Dat is, als ik het goed zie, ook de gangbare formule in de andere continentale rechtssystemen van West-Europa die ik heb onderzocht (26), zoals Frankrijk, België en Luxemburg. Verschillen bestaan slechts in twee opzichten:

- a. de mate waarin de strafwet beroepen met een geheimhoudingsplicht specificeert;
- b. de mate waarin de verschoningsgerechtigden samenvallen met de strafrechtelijk tot geheimhouding verplichten.

7. De meestal vele bijzondere bepalingen in de verschillende landen buiten beschouwing latend, gaat wat het eerste betreft de Bondsrepubliek Duitsland het verst. Art. 203 Str. GB beslaat in gedrukte tekst een volle bladzijde (27). Maar ook Frankrijk en in het voetspoor daarvan België en Luxemburg (28)

(25) De civiel- en tuchtrechtelijke gevolgen laat ik terzijde.

(26) Voor andere landen (Spanje en Zweden bijv.) verwijs ik naar H. Nagel, *Die Grundzüge des Beweisrechts im europäischen Zivilprozess. Eine rechtsvergleichende Studie*, 1967. Zie ook D. Oehler (red.), 1978-1981 (noot 21), delen 1-3.

27. Genoemd zijn onder meer naast de gebruikelijke categorieën van geestelijken, medici, advocaten en notarissen: octrooigemachtigden, accountants, belastingconsulenten, apothekers, vroedvrouwen, beroepspsychologen, maatschappelijk werkers, sociaal-pedagogen, werknemers bij verzekeringsmaatschappijen, werknemers in het maatschappelijk advies-, opbouw- en jeugdwerk.

(28) Art. 458 Strafwetboek, waarover laatstelijk voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, F. Erdman, *Het beroepsgeheim naar Belgisch recht*, 1984. Zie ook R. Grosemans, *Le secret professionnel et le droit privé en droit Belge*, in: *Le secret en le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1974 (Bd. XXV), p. 9 e.v. De Luxemburgse bijdrage over hetzelfde onderwerp is van de hand van N. Wagner, t.a.p., p. 133 e.v.

mogen er zijn. Art. 378 van de Franse Code Pénal – waarmee de Belgische en Luxemburgse art. 458 CP nagenoeg overeenstemmen – voorziet een geheimhoudingsplicht voor les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie (29). Zwitserland en Oostenrijk zijn bescheidener (30) en noemen slechts enkele beroepsgroepen met name. Nog terughoudender zijn Italië en Nederland. Sober en laconiek (31) wordt in beide landen volstaan met het in algemene zin strafbaar stellen van degenen die zonder redelijke grond of met het oogmerk om voordeel te behalen (art. 622 Ital. Sr.) dan wel 'opzettelijk' (art. 272 Ned. Sr.) ambts- of beroepsgeheimen schenden. Wie dat zijn, is niet nader aangegeven. Het is ter beslissing aan de rechter overgelaten.

8. Wat het tweede punt betreft, laat de Nederlandse regeling, vergeleken met de andere landen, aan duidelijkheid het meeste te wensen over, al is er qua structuur geen verschil. Overal geldt dat de groep geheimhouders anders is samengesteld dan de groep verschoningsgerechtigden. Zoals Stein-Jonas (32) over de situatie in de Bondsrepubliek Duitsland stelt:

Scharf zu trennen ist das *prozessuale Zeugnisverweigerungsrecht* von der Frage nach einer evtl. bestehenden *materiell-rechtlichen Schweigepflicht*. Es handelt sich dabei nicht um zwei Aspekte eines einheitlichen Problems: Das materiell-rechtliche (. . .) Gebot der Schweigepflicht findet *nicht notwendig* eine Entsprechung in einem prozessualen Zeugnisverweigerungsrecht.

In de Bondsrepubliek is daarvan dan ook geen sprake, al komt een civiel verschoningsrecht, anders dan bijvoorbeeld in Zwitserland en Oostenrijk en an-

(29) Recent hierover D. Thouvenir, *Le secret médical et l'information de malade*, 1982.

(30) De Zwitserse Code Pénal onderscheidt in art. 320 het ambtsgeheim van het beroepsgeheim in art. 321. In dit laatste artikel worden met name genoemd geestelijken, artsen, apothekers, advocaten en notarissen. Aan al dezen komt een civiel verschoningsrecht toe. Zie ook P. Schwager, *Das schweizerische Bankgeheimnis*, 1973 en H. Schönke en J.Ph. Kernen, *Rapport sur le droit professionnel en droit suisse*, in: *Le secret et le droit*, 1974 (noot 28), p. 153 e.v. In Oostenrijk voorziet art. 310 Sr. in een bescherming van het ambtsgeheim en in art. 124 Sr. van het beroepsgeheim van met name de medische sector en bestuur en personeel van (sociaal) verzekeringsinstanties.

(31) D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, 1959, p. 12.

(32) Stein-Jonas, *Zivilprozessordnung*, 1972¹⁹, deel II, p. 1618/9 (zijn cursivering). Zie ook Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, 1981¹³, p. 718/9.

ders dan in Nederland, aan velen toe. Ik noem – naast de traditionele categorieën van geestelijken, medici en aanverwante beroepen, advocaten en notarissen – onder meer octrooigemachtigden, accountants, belastingconsulenten, tolken, vertalers, examinatoren, bankpersoneel, leden van een ondernemingsraad, landmeters en directeurs van ziekenfondsen (33). In Frankrijk neemt men met de Cour de Cassation aan dat de in art. 378 Code Pénal genoemde personen een verschoningsrecht hebben in de zin van art. 206 Code de Procédure Civile. Inmiddels echter is dit recht ook aan andere beroepsgroepen dan de medische verleend. Hiertoe behoren advocaten, geestelijken, notarissen en deurwaarders.

In Nederland is in jurisprudentie en literatuur eveneens algemeen aanvaard dat niet iedereen op wie een strafrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht rust, zich met succes op een verschoningsrecht kan beroepen. De geheimhoudingsplicht is wel voorwaarde voor verschoning, maar verschoning is daarvan geen vast kenmerk (34). Wanneer wel en wanneer niet? Als gezegd laat de wetgever het in deze helemaal afweten. Noch direct, zoals voor een aantal beroepen is gebeurd in de Bondsrepubliek Duitsland, in Oostenrijk en in Zwitserland, noch indirect door middel van een verwijzing, zoals in Italië, heeft hij antwoord gegeven (35). In Nederland is de gehele invulling van het civiele verschoningsrecht aan de rechter opgedragen. Evenals art. 272 Sr. geeft art. 1946 lid 2 sub 3 BW immers niet meer dan een blanco norm. Daarmee staat de rechter voor een dubbele taak. Eerst moet hij vaststellen of iemand in de zin van de strafwet tot geheimhouding is verplicht en vervolgens, bij een bevestigende beantwoording, of de betrokkene een verschoningsrecht toekomt. Tot nu toe heeft de Hoge Raad in beginsel een verschoningsrecht erkend (36) voor advocaten en procureurs, medici, notarissen, geestelijken, belastingambtenaren, ambtenaren van de reclassering en medewerkers van bureaus voor Rechtshulp. Afgewezen is het voor journalisten, gezinsvoogden, leden van een universitaire ereraad, bankiers, een sociologisch onderzoeker en registeraccountants. Onzeker is de situatie nog voor het hoofd van de Accountantsdienst van de Nederlandse Bank. De Hoge Raad heeft in deze zaak préjudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van

(33) Vergelijk onder meer de in de vorige noot genoemde commentaren met betrekking tot de art. 383-389 ZPO.

(34) Aldus de fraaie formulering van J. Verburg, 1984 (noot 8), p. 17. Vergelijk ook het arrest van de Hoge Raad over het hoofd van de Accountantsdienst bij de Nederlandse Bank: HR 13 april 1984, R.v.d.W. 1984, 86, p. 291, r.k. midden.

(35) De indirecte methode zou trouwens niet eens gekund hebben, omdat immers een specificatie van strafrechtelijk tot geheimhouding verplichten ontbreekt.

(36) Vergelijk het kaartregister NJ op art. 1946 BW.

Justitie. Het hof heeft op 11 december 1985 arrest gewezen. Beslist is dat art. 12 Richtlijn (jo. art. 46 Wet Toezicht Kredietwezen) mede het oog heeft op het afleggen van verklaringen als getuige in een civiel geding, maar niet zelf reeds een verschoningsrecht inhoudt. Of aan het betrokken Hoofd van de Accountantsdienst een verschoningsrecht toekomt, moet derhalve worden beslist aan de hand van art. 1946 BW. Niet te verwachten is dat de Hoge Raad hierover vóór de vergadering in juni a.s. uitspraak zal hebben gedaan (37).

9. Met het voorgaande zijn in een rechtsvergelijkend perspectief enkele belangrijke kenmerken van de wettelijke regelingen van het civiele verschoningsrecht wegens ambts- of beroepsgeheim in vogelvlucht de revue gepasseerd. Geconcludeerd kan worden dat, ondanks vele verschillen, de regelingen in de diverse onderzochte landen naar de kern genomen in ieder geval hierin overeenstemmen dat het verschoningsrecht is geconstrueerd als een op een strafrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht berustende processuele bevoegdheid zich aan de verplichting tot het afleggen van getuigenis te onttrekken. In het algemeen heeft in rechte de getuigplicht absolute voorrang boven geheimhoudingsplichten; in geval van een verschoningsrecht is dit omgekeerd.

Deze wettelijke constructie bepaalt het kader waarbinnen over het verschoningsrecht wordt gediscussieerd, hier en elders. De trefwoorden zijn getuigplicht, geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht (38). Om hun onderlinge verhouding gaat het. Wanneer wordt de plicht om als getuige te antwoorden, welke plicht botst met die tot geheimhouding uit hoofde van ambt, beroep of betrekking, omgezet in een recht om niet te antwoorden? Aan wie komt zo'n recht toe en hoever strekt het? Irrelevant is of deze vragen worden gesteld door de wetgever of door de rechter. Zowel een wettelijke als een jurisprudentiële erkenning van een verschoningsrecht is uiteindelijk, dit wil zeggen door alle deelaspecten heen, de resultante van een afweging van tweeërlei belangen: enerzijds de belangen die nagestreefd worden met de algemene plicht tot getuigen, anderzijds de belangen die verbonden zijn aan het in rechte niet hoeven te openbaren van ambts- of beroepsmatig verkregen informatie. Uiteraard zullen ook de met de erkenning van een verschoningsrecht samen-

(37) Met dank aan mr. J.L.W. Sillevius Smit, advocaat in 's-Gravenhage voor zijn informatie in deze. Zie ook hierna in nr. 37 tekst.

(38) Ook wel getuigplicht, zwijgplicht en zwijgrecht genaamd, in het bijzonder in de wat oudere literatuur.

hangende gevolgen onder ogen moeten worden gezien. In Nederland (39) heeft de strafwetgever daar meer aandacht voor gehad dan de civiele wetgever. Ik wijs op de strafbepalingen inzake huiszoeking, inbeslagneming, aangifte en het af luisteren van de telefoon (40). In het civiele beslag- en executierecht daarentegen zijn noch worden (41) bijzondere voorzieningen getroffen. De art. 447 en 448 Rv. sluiten beslag op allerlei persoonlijke goederen uit, maar niet op papieren en documenten ter bescherming van een verschoningsrecht (42). Voor het bewijsrecht is te denken aan een civielrechtelijke pendant van art. 288 Sv., inhoudende de bevoegdheid van de rechter de beantwoording van vragen te beletten (43). In het strafrecht neemt de betekenis van deze bepaling toe (44). Ik noem voorts de verhouding van een verschoningsrecht tot bijv. de inlichtingencomparitie en het partijbegrip in het bewijsrecht. Een partij kan tijdens een inlichtingencomparitie niet verplicht worden te antwoorden, maar de rechter kan dit stilzwijgen in zijn nadeel uitleggen. Geldt dat ook voor zaken ten aanzien waarvan degene die met de partij gesproken heeft zich op een verschoningsrecht kan of al heeft beroepen? Hoe dient te worden gehandeld wanneer de gesprekken zijn gevoerd door een werknemer van de partij, bijv. een bedrijfsjurist, die bekwaam is om te getuigen? Kan deze werknemer dan wel als getuige worden gehoord? Of moet in deze niet het bewijs- of procesrechtelijke partijbegrip tot maatstaf dienen? Maar welke maatstaf dan wel? Een die soortgelijk is aan die welke de

(39) Voor andere landen, met name in de EEG, verwijs ik naar het rapport Edward (noot 21), met name p. 16 e.v.

(40) Art. 98, 104, 106, 113, 125h, 160 Sv. jo. 135/7 Sr.

(41) Noch in het wetsontwerp Nieuw Bewijsrecht, noch in de Invoeringswet Nieuw BW, deel 1 (onder meer over de aanpassing van Rv.).

(42) Ik teken aan dat de aard van het civiele proces- en bewijsrecht in Nederland beslaglegging teneinde bewijsmateriaal in het geding te brengen uitsluit. Onder meer hangt dit samen met de positie van de partij terzake van de informatievervalsing aan de rechter. Wat echter als een beslag tot gevolg heeft dat bewijsmateriaal verkregen wordt?

(43) Ik besef dat formeel de rechter de getuigen ondervraagt (art. 109 jo. art. 200 Rv.). De rechter heeft het daarmee zelf in de hand. Maar trekt hij een vraag in als de getuige hierom verzoekt? Bestaat er een procesgang voor de ene of de andere partij? Duidelijker, maar nog niet volledig, is het nieuw voorgestelde art. 201 Rv. Meer hierover in nr. 63.

(44) Bijvoorbeeld in de zaak van de registeraccountant (HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 met noot 't Hart, p. 524/5), alsook meer in het algemeen HR 5 oktober 1982, NJ 1983, 297 en HR 28 juni 1983, NJ 1983, 798. In Engeland heeft de rechter een soortgelijke, soms zwaar wegende, maar niet onbestreden bevoegdheid. Zie hierna nr. 11.

Hoge Raad huldigde in zijn arrest van 6 april 1979, NJ 1980, 34 (Kleuterschool Babel) (45)?

Vergelijkbare vragen – zo niet, onder verwijzing naar wat ik hierna in de volgende paragraaf over Engeland zal opmerken, (ook) de fundamentele vraag of het verschoningsrecht daardoor niet wezenlijk van karakter zal veranderen – rijzen naar aanleiding van het voorstel in het Gewijzigd Ontwerp Nieuw Bewijsrecht de partijen als getuigen toe te laten. Kan wat men van de verschoningsgerechtigde niet te weten kan komen, worden gevraagd aan de partij als getuige? Een verschoningsrecht is hem niet gegeven. Wel zijn de sancties bij niet antwoorden minder zwaar, maar het staat de rechter vrij daaraan nadelige konsekwenties te verbinden. Het verschoningsrecht van degene tot wie men zich om hulp, bijstand en advies heeft gewend, wordt daarmee aanzienlijk uitgehold. Tenslotte: welke is de positie van niet met de verschoningsgerechtigde gelieerde derden die bijvoorbeeld besprekingen hebben bijgewoond of bij wie papieren of documenten berusten, waarvan de inhoud, indien deze bekend zou worden, het geheim van de verschoningsgerechtigde geheel of voor een deel zou openbaren? Of bestaat in een dergelijke situatie geen verschoningsrecht meer, zoals onder meer in de Verenigde Staten van Amerika wordt aangenomen?

1.2. De Common Law-Landen

10. Tot zover de plaatsbepaling van het onderwerp van dit preadvies in een aantal Westeuropese, continentale rechtsstelsels, waaronder het Nederlandse. Het lijkt zinvol de rechtsvergelijking uit te breiden tot de Common Law-Landen. Het probleem van het verschoningsrecht wordt daar anders gesteld. Dat is niet altijd zo geweest, maar, als ik de geschiedenis goed begriip, onder invloed van de courts of equity in het moederland Engeland gedurende de periode van 1500 tot 1800 gegroeid. Inzicht in die andere benaderingswijze en in de redenen die daartoe hebben geleid kan de figuur van het verschoningsrecht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking scherpere contouren verlenen en wellicht zorgen voor nieuwe elementen in de huidige Nederlandse discussie.

11. Afgezien van bijzondere wettelijke voorzieningen (46), kent Engeland

(45) In de VS bestaat hierover een uitgebreide literatuur en jurisprudentie. Zie hierover nr. 21 en met name de daar genoemde beslissing van het Supreme Court inzake *Upjohn Co. vs. United States*.

(46) Die soms verder kunnen gaan, soms ook minder ver dan de algemene regels die hierna besproken worden. Zie over het eerste Halsbury's Laws, vol. 13⁴, nr. 93 e.v. →

slechts drie private interest privileges (47), die in een civiele procedure kunnen worden ingeroepen. Het eerste is dat men zich zelf of zijn echtgenoot niet aan het gevaar van een strafrechtelijke vervolging hoeft bloot te stellen (privilege against self-incrimination). Het privilege strekt zich ook tot rechtspersonen uit (48). Het tweede en tegelijk belangrijkste is het legal professional privilege, bestaande in de verhouding van juridisch adviseur en cliënt. Aan deze twee is in 1968 bij de invoering van de Civil Evidence Act toegevoegd het pri-

→ Over het tweede Phipson, *Evidence*, 1982, p. 319 e.v.; Halsbury's *Laws*, vol. 17⁴, nr. 235/242; *Jones vs. Searle* [1978] 3 All ER 654, waarin een partij moest verklaren of een advies van 7 jaar geleden van een advocaat gunstig was geweest of niet, dit in verband met de verjaringstermijn van 6 jaar in de Limitations Act; verder *Universal City Studios vs. Hubbard*, [1984] 1 All ER 661.

(47) Over de public interest privileges – te onderscheiden van public interest immunity – in het bijzonder G.D. Nokes, *An introduction to evidence*, 1967, p. 185 e.v.; Cross en Wilkins, *Outline of the law of evidence*, 1980⁵, ad. art. 68; Cross, *Evidence*, 1979³, p. IX, X en 304 e.v.; Halsbury's *Laws*, vol. 13⁴, nr. 86. Over een diplomatic privilege handelt *Shaw vs. Shaw*, [1979] 3 All ER 1.

(48) Hierover – naast het hierna te noemen werk van Wigmore (noot 55), die meer dan 250 p. aan het privilege wijdt en in het Supplement 1985 nog eens bijna 50 – Heydon, *Evidence, cases and materials*, 1975, p. 123 e.v. Recente cases zijn *R. Westinghouse vs. Uranium Contract*, [1978] 1 All ER 434 in verband met art. 85/6 EEG en *British Steel vs. Granada Television*, [1981] 1 All ER 417. In het laatste geval werd geen privilege erkend bij het opsporen van de bron, die vertrouwelijke gegevens liet doorsijpelen. Evenmin in *Secretary of State for Defence vs. Guardian Newspaper*, [1984] 3 All ER 601. In Nederland bestaat een vergelijkbare regel in het civiele recht, anders dan in bijv. het strafrecht (art. 219 Sv.), niet. Van Moorsel schrijft hierover in *NJB* 1959, p. 991/3. Pas in het ontwerp Nieuw Bewijsrecht wordt in deze leemte voorzien (art. 188 lid 4). De beperking tot het gevaar van strafrechtelijke sancties is niet vanzelfsprekend. Duitsland en Oostenrijk bijv. erkennen ook een verschoningsrecht in geval van dreigend groot vermogensrechtelijk nadeel (art. 384 sub 1 ZPO resp. art. 321 lid 1 sub 2 ZPO). Anderzijds roept het privilege veel weerstand op: *Rank Film vs. Video Centre*, [1980] 2 All ER 276, waarin het privilege in de weg stond aan het opsporen van de kopieerders van video-tapes. Lord Denning zou het liefst het privilege in zo'n geval terzijde willen schuiven: 'But I do not feel able to do so. The privilege against self-incrimination is so deeply imbedded in our law that it cannot be uprooted. The common law was stated with the authority of all the 15 judges in 1847 in *R vs. Garbett* . . .' De laatste jaren is een beroep op het privilege vaak afgewezen. Vergelijk naast *British Steel* en *The Guardian* ook *Khan vs. Khan*, [1982] 2 All ER 60.

Zie voor Nederland nog de anticiperende interpretatie in *Rb. Zwolle*, 1 november 1984, *NJ* 1985, 489. Canada erkent het privilege, evenals Nederland, tot nu toe ook slechts in strafzaken (vergelijk de tekst, hierna nr. 16). In de Verenigde Staten wordt het privilege gebaseerd op het 5e Amendement van de Grondwet, dat overigens ook beperkt is tot het strafrecht: 'No person . . . shall be compelled in any Criminal Case to be a witness against himself . . .' Zie hierover onder meer Ch.J. Antieau, *Modern Constitutional Law*, 1969 (Bd. 1), p. 182 e.v.; Schwartz, *A commentary on the Constitution of the United States*, 1968, p. 816 e.v.

vilege van de octrooigemachtigde, dat echter beperkt is tot communications made for the purpose of any pending or contemplated proceedings under the Patents Act or under the European Patent Convention, the Community Patent Convention or the Patent Cooperation Treaty (art. 15).

Van deze drie privileges hebben twee betrekking op de beroepsuitoefening. Het zijn tegelijk de enige in hun soort. Uitgesloten zijn derhalve bijvoorbeeld artsen en geestelijken. Niet iedereen is het daarmee eens (49), maar zowel de Law Reform commissie eind jaren zestig als de Criminal Law Revision commissie begin jaren zeventig hebben met succes vastgehouden aan niet-erkenning. Ook de rechtspraak in Engeland lijkt het aantal privileges niet te willen uitbreiden. Wat dat aangaat wordt de Civil Evidence Act 1968, waarin de genoemde drie thans zijn opgenomen, kennelijk als uitputtend beschouwd. Recente ontwikkelingen in Nieuw Zeeland en Canada, de reeds langer bestaande situatie in de Verenigde Staten en in Australië met betrekking tot een privilege voor artsen en geestelijken, en, wat de laatste betreft, ook in Noord-Ierland, hebben de Engelse wetgever noch rechter tot een ander standpunt weten te bewegen.

Toch is ook hier, zoals zo vaak, de tegenstelling minder zwart-wit dan op het eerste gezicht lijkt. De Engelse rechter schiet op vele andere wijzen te hulp. Lord Denning somt een achttal van deze technieken op in *D vs. National Society for the prevention of Cruelty to Children* (50). Phipson voegt er in 1982 nog enige aan toe (51). Ik zal ze niet allemaal weergeven, maar voor de gedachtenwisseling is het wel nuttig er enkele te noemen.

Een eerste rubriek wordt gevormd door gevallen, waarin de rechter verbiedt het bewijsmateriaal in een andere procedure tussen partijen of tegen derden te gebruiken (bijv. *Riddick vs. Thames Board Mills Ltd* – [1977] 3 All ER 677). Een tweede rubriek hangt samen met de aan de rechter toekomende vergaande discretionaire bevoegdheid in bewijskwesties. Die bevoegdheid komt onder meer tot uitdrukking in het niet (automatisch) gelasten van discovery – hierna nr. 12 – en in het niet toelaten van vragen where disclosure would be a breach of some ethical or social value, and non-disclosure be unlikely to result in serious injustice in the particular case in which it is claimed (52). Ten aanzien van priesters, artsen, bankiers, probation officers en huwe-

(49) Bijv. Cross, 1979 (noot 47), p. 293 e.v.; Phipson, 1982 (noot 46), p. 295 e.v.; M. Hawkeye, Recent developments in the law of privilege, *Alberta Law Review*, 1981, p. 493 e.v.

(50) [1976] 2 All ER 993. Het House of Lords heeft zich over deze zaak uitgesproken in [1977] 1 All ER 589.

(51) Phipson, 1982 (noot 46), p. 322/8 jo. 282 e.v.

(52) Peires, 1984 (noot 13), p. 327. Idem de in noten 47 en 49 vermelde literatuur. Over →

lijksconsulenten wordt deze houding vrij strikt doorgevoerd. Ook namen van informanten hoeven vaak niet te worden prijsgegeven. Dat geldt zowel voor informanten van de politie (Rogers vs. Home Department – [1972] 2 All ER 1057) als voor die van de Law Society (Buckley vs. L.S. – [1984] 1 All ER 313) als voor die van de NSPCC, dit laatste hoewel in het concrete geval de informatie onjuist bleek te zijn en de beschuldigingen een diepe lichamelijke en geestelijke inzinking bij de moeder hadden veroorzaakt. Wat betreft de bronnen van journalisten, is in 1981 met de Contempt of Court Act de situatie grondig gewijzigd. Voordien hadden de journalisten geen recht op geheimhouding, behalve in libel and slander zaken. In die zaken was het niet nodig omdat iedereen die op een of andere manier betrokken was bij publicatie kon worden aangesproken. In alle andere gevallen was de journalist afhankelijk van de discretie van de rechter, waarvan deze ook wel gebruik maakte, maar niet altijd. Met de wet van 1981 is iedere discretionaire bevoegdheid verdwenen. Art. 10 bepaalt:

No court may require a person to disclose, nor is any person guilty of contempt of court for refusing to disclose the source of information contained in a publication for which he is responsible, unless it be established to the satisfaction of the court that disclosure is necessary in the interests of justice or national security or for the prevention of disorder or crime.

De rechtspraak lijkt weinig ingenomen met deze bepaling. Aldus bijvoorbeeld Lord Diplock in *Secretary of State for Defence vs. The Guardian Newspaper* (53). In zaken over kinderen hanteert men vaak de techniek dat de getuigen achter gesloten deuren worden gehoord of dat in over te leggen documenten namen mogen worden doorgestreep. Lord Denning zou voelen voor erkenning van een *child care privilege* analoog aan het *legal professional privilege* (*Campbell vs. Thameside Borough Council* – [1982] 2 All ER 791), maar hij heeft daarin geen steun gekregen. Als derde rubriek vermeld ik dat

→ de discretionaire bevoegdheid in deze: Halsbury's Laws, vol. 13⁴, nr. 5-7. Vergelijk voor Nederland het reeds genoemde art. 288 Sv.

(53) [1984] 3 All ER 601. Voor de vroegere situatie *AG vs. Clough*, [1963] 1 All ER 420; *AG vs. Mulholland*, [1963] 1 All ER 767. De regel die recht gaf op bescherming van bronnen, werd de *Newspaper-rule* genoemd. Zie ook Koopmans, 1978 (noot 22), p. 9 e.v. Over de positie van de pers onder meer Halsbury's Laws, vol. 37⁴. Recente uitspraken, waarin de *Newspaper-rule* ter sprake kwam, waren *British Steel en The Guardian* (noot 48), alsmede *Lion Laboratories vs. Evans*, [1984] 2 All ER 417 en *Francome vs. Mirror Group*, [1984] 2 All ER 408. In al deze zaken werd geen privilege, noch immunity aangenomen. Voor de tekst van de wet van 1981: Halsbury's Statutes, vol. 51³, p. 505 e.v.

aan beroepsbeoefenaren in overheidsdienst – artsen en priesters bijv. – het public interest privilege van de staat en aan een priester die sancties heeft te vrezen van zijn kerkgenootschap (ook) het privilege against self incrimination kan toekomen. Een vierde groep wordt gevormd door without prejudice communications tussen partijen en/of hun advocaten, bijvoorbeeld teneinde een minnelijke regeling te proberen. Omstreden is of in zo'n situatie van een privilege (54) kan worden gesproken, feit is wel dat dit mondelinge en schriftelijke verkeer, mits dezelfde zaak betreffend als waarover later wordt geprocedeerd, beschermd wordt, tenzij beide partijen anders beslissen. Als vijfde groep tenslotte kan worden gewezen op het toenemend aantal gevallen, waarin een beroep op public interest immunity slaagt, ook in verhoudingen tussen particulieren. Zeker tien uitspraken van de laatste jaren hebben hierop betrekking. Het is het onderdeel dat op dit ogenblik het meeste in beweging is. Ik kom er nog op terug (nr. 15).

12. Privileges in het Engelse recht zijn ten nauwste verbonden met de opkomst van de getuigplicht en met de vestiging van een systeem van discovery (55). Discovery wil zeggen dat partijen over en weer alle documenten (56) die zij onder hun hoede hebben (power, possession and custody) en die betrekking hebben op het geschil, moeten openleggen, ook als ze in het voordeel

(54) Cross, 1979 (noot 47), p. 300 wel, Phipson, 1982 (noot 46), p. 328 e.v., aarzelt en Halsbury's Laws, vol. 13⁴, nr. 69 en 94 laat het in het midden.

(55) Bij het onderstaande is gebruik gemaakt van vooral de navolgende literatuur: Halsbury's Laws, vol. 13⁴ over Discovery, inspection and interrogatories (nr. 1-142); idem, vol. 37⁴, nr. 1-972 over Practice and Procedure; J. Wigmore, Evidence in Trials at common law (in 10 delen), deel 8 (herzien in 1961 door J. McNaughton en met een 1985-supplement van W.A. Reiser jr.); I.H. Jacob, The Supreme Court practice, 1982, Order nr. 24 (p. 505 e.v.); B. Kaplan e.a., Ordinary proceedings in first instance, Intern. Encyclopedia of comparative Law, vol. XVI, Civil Procedure, 1984; G. Hazard, An historical perspective on the attorney-client privilege, California Law Review, 1978, p. 1061 e.v.; P.L. Folmer, Legal professional privilege, in: Jurist in bedrijf, 1980, p. 11 e.v.; G.D. Nokes, 1967 (noot 47).

(56) Discovery heeft in Engeland alleen betrekking op documenten, niet op feiten. Art. 10 Civil Evidence Act omschrijft documenten als volgt: 'document includes, in addition to a document in writing, any map, plan, graph or drawing; any photograph; any disc, tape, sound track or other device . . .; any film, negative, tape or other device'. Voor het achterhalen van feiten zijn andere middelen ter beschikking, met name getuigenverhoor en interrogatories (te vergelijken met het Nederlandse verhoor op vraagpunten). Discovery vindt in het algemeen slechts plaats tussen partijen. Een enkele keer echter ook jegens een derde, met name in actions for personal injuries. Wel kan discovery (mede) omvatten documenten die aan derden toebehoren, maar zich in handen van de partij bevinden. Vergelijk Lord Cross of Chelsea in Alfred Crompton vs. Comm. of Customs, [1973] 2 All ER 1180; Halsbury's Laws, vol. 13⁴, nr. 13, 17, 37 e.v.

van de andere partij zijn. Dat geschiedt door het opstellen en uitwisselen van lijsten, waarop aard en inhoud van de documenten summier zijn vermeld en die op straffe van contempt of court volledig moeten zijn. Het is de taak van de solicitor daarvoor te zorgen. Partijen kunnen inzage verlangen van alle op de lijsten voorkomende documenten. Op deze manier wordt bereikt dat geen van de partijen bewijzen kan achterhouden of de ander op het laatste momet kan verrassen. Het belang voor de rechtspleging is dat uitspraak kan worden gedaan op basis van een volledige openheid van zaken, waaromtrent beide partijen gelijkelijk in de gelegenheid zijn geweest hun visie aan de rechter kenbaar te maken. Discovery was het verzet van de courts of equity tegen een betrekkelijk gesloten wijze van procederen en bewijsvoering in de Common Law-Courts. Sedert het midden van de vorige eeuw is het ook tot de bevoegdheid van deze laatste gaan behoren discovery te gelasten. Thans is het in procedures, die beginnen met een writ – en dat zijn de meeste – bijna een automatisme, zij het dat het bewaken van omvang en kosten tot beperkingen kan leiden (57). In andere gevallen is het aan de discretie van de rechter overgelaten. Die kan discovery gelasten. De regeling is in hoofdzaak opgenomen in Order 24 van de Rules of the Supreme Court (RSC) en, voor familiezaken, in de Matrimonial Causes Act van 1973. Mede door verwijzingen gelden zij in nagenoeg alle soorten procedures.

Samen met het bekwaam worden van de partij als getuige is het deze toemende betekenis van de discovery, die aantal en karakter van het huidige professional privilege heeft bepaald. Het privilege vertoonde voordien veel overeenkomsten met het verschoningsrecht in continentale rechtsstelsels. Het behoorde aan degene die de cliënt terzijde had gestaan en tegen wiens 'oath and honor' het was getuigenis af te leggen. Dat kon in die tijd een advocaat zijn, maar ook een arts, een geestelijke of een ander. Aan het verschoningsrecht (privilege) van deze had de cliënt echter weinig wanneer en vanaf het moment dat hij zelf als getuige kon worden opgeroepen of in het kader van de discovery alle informatie moest verschaffen, waarover hij beschikte. Informatie, verkregen uit zijn contacten met de hulpverlener, kon dan niet meer geheim blijven en daaraan bestond wel behoefte. In het privilege against self-incrimination vindt deze behoefte een eerste erkenning. Buiten deze gevallen kon de bescherming op verschillende manieren gestalte krijgen. Die zijn in de rechtspraak ook terug te vinden, maar behoeven op deze

(57) Voor andere wijzen van beginnen, verwijs ik naar Halsbury's Laws, vol. 37⁴, nr. 108-145; vol. 13⁴, nr. 8 e.v. en naar B. Kaplan, 1984 (noot 55), p. 7, 14/5 en 45. De discretionaire bevoegdheid in deze is nog eens bevestigd in *Church of Scientology vs. Dep. of Health*, [1979] 1 All ER 98.

plaats geen bespreking. Voldoende is te constateren dat in zijn uiteindelijke, dit wil zeggen zijn huidige, vorm het privilege bij uitsluiting van ieder ander aan de cliënt toebehoort en dus ook alleen te zijner dispositie staat. Het privilege houdt in dat een cliënt niet gedwongen kan worden en het de beroepsbeoefenaar zonder toestemming van zijn cliënt verboden is te getuigen of documenten te produceren omtrent hetgeen zich tussen hen vertrouwelijk heeft afgespeeld. Het privilege is daarmee geconstrueerd als tegelijk een recht van de cliënt en een plicht voor de beroepsbeoefenaar. Het is bovendien niet slechts een uitzondering op de getuigplicht, maar ook op de verplichtingen ingevolge discovery en eveneens, maar praktisch van minder belang, op de plicht van de partij informatie te verschaffen in het kader van de interrogatories (het Nederlandse verhoor op vraagpunten). Tenslotte is de geheimhoudingsplicht van de beroepsbeoefenaar geen voorwaarde voor het privilege, zoals dat voor het verschoningsrecht wel het geval is. Veeleer is het zo dat het privilege bestaan en inhoud van de geheimhoudingsplicht bepaalt, omdat zolang de cliënt geen afstand heeft gedaan, de beroepsbeoefenaar (en ook een derde zoals hierna nog zal blijken) hoe dan ook de geprivilegieerde informatie niet mag openbaren.

13. Hoe is in deze ontwikkelingen de beperking van het professional privilege tot de juridische beroepsbeoefenaar te verklaren en te rechtvaardigen? De literatuur wijst in dit verband op het ervaringsgegeven dat algemeen gesproken niemand zonder deskundige hulp zijn juridische zaken naar behoren kan behartigen. Op zichzelf echter is dit, vergeleken met andere professionele hulpverleners op bijvoorbeeld medisch, geestelijk, financieel of sociaal-maatschappelijk gebied, niets bijzonders. Dat wordt ook wel erkend, zoals evenzeer wordt erkend dat openheid en wederzijds vertrouwen in alle genoemde relaties nodig of gewenst zijn. Hieruit volgt dat in de Engelse opvatting de ratio van het verschoningsrecht niet primair gelegen is in de bescherming van de behoefte aan hulp of in de bescherming van het vertrouwen als zodanig. Doorslaggevend wordt beschouwd het specifieke karakter van de juridische hulpverlening. Juridische hulp wordt verleend ofwel in de vorm van het voeren van processen ofwel is zodanig van aard dat degene die om advies vraagt uiteindelijk in een procedure verwickeld kan raken. De Law Reform-commissie omschreef het als volgt: Legal advice is exclusively concerned with rights and liabilities enforceable in law, i.e. in the ultimate resort by litigation in the courts or in some administrative tribunal (58). Dit

(58) Geciteerd bij Peires, 1984 (noot 13), p. 302 en bij Cross, 1979 (noot 47), p. 282. Zie ook Halsbury's Laws, vol. 13⁴, nr. 71 e.v., alsmede Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2290

perspectief ontbreekt bij andere hulpverleners, is althans voor hun werkzaamheden niet essentieel. Zij hoeven er niet dan bij hoge uitzondering mee rekening te houden dat openbaarmaking van wat zij in hun relatie met de cliënt te horen krijgen of bespreken, in rechte afgedwongen wordt. Een jurist die adviseert over welk onderwerp ook, moet dat wel. Aldus de redenering. Het perspectief van een gerechtelijke procedure heeft lange tijd de omvang van het privilege bepaald. Alleen die informatie was geprivilegieerd die tijdens of met het oog op een procedure was uitgewisseld. Thans moet worden onderscheiden of het betreft de relatie cliënt-juridisch adviseur, de relatie juridisch adviseur-derden dan wel de relatie van de cliënt met zo'n derde. Over elk van deze zal ik een paar opmerkingen maken. Ik stel voorop dat juridisch adviseur omvat al degenen die zich beroepsmatig met het geven van juridische adviezen bezighouden, ongeacht of zij als zelfstandige of in dienstbetrekking bij de overheid of bedrijfsleven opereren en ook ongeacht of zij in Engeland dan wel elders hun beroep uitoefenen. Anders dan in Nederland zijn derhalve de bedrijfsjuristen er onder begrepen, ook wanneer zij werkzaam zijn in bijvoorbeeld de buitenlandse moedermaatschappij (59).

De omvang van het privilege in de relatie cliënt-juridisch adviseur kan het best aangegeven worden met een verwijzing naar de in acht elementen uiteenvallende omschrijving van het privilege door Wigmore in par. 2292 van zijn standaardwerk over Evidence in Trials at Common Law:

Where legal advice of any kind is sought (1) from a professional legal advisor in his capacity as such (2), the communication relating to that purpose (3), made in confidence (4) by the client (5), are at his instance permanently protected (6) from disclosure by himself or by the legal advisor (7), except if the protection be waived (8).

De juridisch adviseur moet benaderd zijn in zijn professionele hoedanigheid. Mondeling en schriftelijk verkeer wordt dan gelijkelijk beschermd, waarbij tussen adviseur zelf, zijn personeel en zijn vertegenwoordiger geen verschil wordt gemaakt. De eis van aanhangige of te voorziene procedure geldt sedert 1833 (Greenough vs. Gaskell) in deze relatie niet meer. Wel strekt het privilege zich slechts uit tot die schriftelijke stukken en die gesprekken die op

e.v. Voor Australië nog G.T. Pagone, Legal professional privilege in the European communities: the AM and S case and Australian law, Int. and comp. Law Quarterly, 1984, p. 668/70.

(59) Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. vs. Customs and Excise Commissioners, Court of Appeal, [1972] 2 All ER 353 (niet bestreden voor het House of Lords op dit onderdeel). Zie ook Cross, 1979 (noot 47), p. 284/5 en wat betreft de buitenlandse jurist, Re Duncan, [1968] 2 All ER 395.

gesteld resp. gevoerd zijn met het oog op het verkrijgen van juridisch advies of bijstand. De enkele overhandiging van stukken aan de solicitor, maakt deze nog niet geprivilegieerd, hoewel de overhandiging behoort tot het verkeer tussen cliënt en adviseur ter verkrijging van advies en bijstand en uit dien hoofde het privilege wel toepasselijk zou zijn. Het criterium wordt hierin gezocht dat het document pas na de eerste consultatie ontstaan mag zijn. Dit houdt onder meer in dat andere documenten bij de advocaat in beslag genomen mogen worden, bijvoorbeeld die welke zijn achtergelaten opdat de advocaat zich een oordeel over de zaak kan vormen. De gedachte is dat wat de cliënt zonder adviseur niet toekomt hem ook niet mag toekomen met adviseur. 'As the solicitor held the document in the right of his client he could not assert in respect of its seizure any greater authority than the client himself possessed. Since the clients would have had no lawful authority or excuse that would have prevented the document being seized, the solicitors could be in no better position', aldus de overweging in *R vs. Justice of the Peace*, naderhand met instemming herhaald in *R vs. King* (60). In dit opzicht mag geen onderscheid worden gemaakt tussen strafrecht en civiel recht. Eerdere pogingen om dit wel te doen, zijn afgewezen. Een apart probleem wordt gevormd door de eigen aantekeningen van de juridisch adviseur. Zij behoren niet tot het verkeer met de cliënt. Om die reden worden ze in de Verenigde Staten niet onder het legal professional privilege begrepen. Zij worden beschermd door middel van de zgn. work-product-doctrine. Engeland maakt dit onderscheid niet en brengt de aantekeningen gewoon onder de werking van het privilege.

In de contacten tussen juridisch adviseur of cliënt enerzijds en een derde anderzijds wordt de oude eis van een aanhangige of te voorziene procedure wel gesteld (61). Hetzelfde is in 1968 gebeurd bij de erkenning van het patent professional privilege, zij het daarbij niet alleen in de relatie tot derden, maar ook in het onderlinge verkeer van cliënt en octrooigemachtigde. In het algemeen levert deze eis geen bijzondere problemen op. Omstreden is geweest of van derden afkomstige documenten die opgesteld waren mede voor andere doeleinden dan voor het voeren van een procedure, geprivilegieerd waren. In oude uitspraken was voldoende geoordeeld indien maar enig verband aanwijsbaar was, hoe ondergeschikt ook. In de zaak *Alfred Crompton vs. Com-*

(60) Resp. [1978] 1 All ER 225 en [1983] 1 All ER 929. De overweging mag een antwoord zijn op Judge Swanwick die in *Frank Truman Ltd. vs. Metropolitan Police Commissioner* [1977] 3 All ER 431 een verschil had gemaakt tussen civiel recht en strafrecht.

(61) Leading case is nog steeds *Wheeler vs. Marchant*, 1881 (30 WR 235); zie ook *Grzebrook Ltd. vs. Wallens*, [1973] 2 All ER 868.

missioners of Customs in 1973 kwam de kwestie zijdelings ter sprake. Viscount Dilhorne gaf er blijk van te willen overrulen en Lord Cross of Chelsea leek zich daarbij aan te sluiten. Het Australische Supreme Court introduceerde in *Grant vs. Downs* (1977 ALR 577) de sole purpose test: ieder document dat meerdere doeleinden diende, moest worden openbaar gemaakt. Een paar jaar later werd het House of Lords in Engeland tot een oordeel geroepen. Het betrof de zaak *Waugh vs. British Railways Board (BRB)*. Een werknemer van BRB was bij het verrichten van zijn werkzaamheden dodelijk verongelukt. De BRB gelastte een intern onderzoek en liet daarvan een rapport opmaken. Het rapport was getiteld: *For the information of the Board's solicitor*. Het rapport had echter mede ten doel de oorzaak van het ongeval vast te stellen om aan de hand daarvan te overwegen of nadere veiligheidsmaatregelen geboden waren. De echtgenote van de overleden werknemer vorderde overlegging van het rapport. De BRB weigerde. Terecht, aldus de Court of Appeal, die aan de heersende opvatting in de rechtspraak vast hield. Het House of Lords besliste echter anders en ontwikkelde de dominant purpose test: 'A document was only to be accorded privilege from production on the ground of legal professional privilege, if the dominant purpose for which it was prepared was that of submitting it to a legal advisor for advice and for use in anticipated litigation' (62). In casu oordeelden de Lords het interne veiligheidsaspect belangrijker dan de rapportage aan de solicitor en gelastten openbaarmaking. Het ziet er naar uit dat in Australië dezelfde weg wordt gevolgd en *Grant vs. Downs* spoedig zal zijn overruled (63). Een tweede probleemveld gold en geldt de op verzoek uitgebrachte rapporten van medici of andere deskundigen. Een solicitor die een aantal documenten opstuurt naar een grafoloog, kan daarmee die documenten niet onder de reikwijdte van het privilege brengen. Geprivilegieerd is in zo'n geval alleen de communicatie tussen juridisch adviseur en deskundige, maar niet de bescheiden waarop de deskundige zijn oordeel baseert en evenmin zijn opinion (*R vs. King*, hiervoor genoemd, alsmede *Mearns vs. Ryan and Sons*, [1980] 2 All ER 832). De kwestie is sedert 1974 in deze zin geregeld in de Rules of the Supreme Court, Orders 36-38. Alleen de discretionaire bevoegdheid van de rechter is toegenomen, terwijl bovendien de partij altijd om inzage moet verzoeken, ook wanneer discovery zonder beslissing van de rechter plaatsvindt.

Tussen partijen en derden tenslotte kan hetzelfde worden aangenomen als

(62) [1979] 2 All ER 1169. Zie daarna ook *Neilson vs. Laugharne*, [1981] 1 All ER 829 en, thans, *Lee vs. S.W. Thames Regional Health Authority*, [1985] 2 All ER 385.

(63) C.A. Sweeney, *Revenue Note in The Australian Law Journal*, 1983, p. 357 e.v.

hiervoor is gezegd over de verhouding van de juridisch adviseur tot derden, mits

- a. de partij handelt namens of op verzoek van de juridisch adviseur dan wel met het oogmerk de resultaten aan deze voor te leggen en
- b. een en ander geschiedt, terwijl een procedure aanhangig is of voorzien wordt.

Ongeacht welke relatie het betreft, kan van een privilege slechts afstand worden gedaan door of namens de cliënt. Dat volgt uit het karakter van het privilege als het recht van de cliënt. Andere inbreuken op de bescherming die het privilege biedt, zijn er niet veel. De belangrijkste is deze dat in en met het verkeer tussen betrokkenen geen frauduleuze of criminele doeleinden mogen worden nagestreefd. Het is een beperking die even vanzelf spreekt als in concreto moeilijk is vast te stellen. Niet nodig is in ieder geval dat de juridisch adviseur van de bedoeling op de hoogte was. Het privilege kan evenmin met succes worden ingeroepen in eventuele geschillen tussen cliënt en juridisch adviseur, bijvoorbeeld over beroepsaansprakelijkheid.

14. Samenvattend kan gezegd worden dat de Engelse regeling van het professional privilege in opzet en structuur fundamenteel van de continentaal Europese verschilt. De Engelse regeling kenmerkt zich met name door erkenning van slechts een zeer beperkt aantal privileges, gecombineerd met een aan de rechter toekomende discretionaire bevoegdheid vragen en overlegging van documenten te beletten in gevallen dat het vermoedelijk wel om vertrouwelijke informatie gaat, maar geen beroep op een privilege kan worden gedaan. Het allesbeheersende beginsel is de kwaliteit van de administration of justice, die niet bevorderd wordt door geheimhouding. Aan dit beginsel wordt hoge, bijna absolute waarde gehecht. In het kader van privilege wordt slechts een uitzondering toegelaten voor bepaalde informatie in relaties die direct en wezenlijk bij de administration of justice zijn betrokken, in rechte en alleen voor juridisch adviseurs ook buiten rechte.

Het professional privilege berust op een verbinding van drie uitgangspunten. Het eerste is dat iedereen in juridische kwesties is aangewezen op deskundige hulp en bijstand. Het tweede is dat iedereen in een procedure een zo volledig mogelijke openheid van zaken moet verschaffen, met inbegrip in principe van de contacten met zijn juridisch adviseur. Het derde is dat de situatie dat het tot een procedure en dus tot het verschaffen van openheid van zaken komt, zich ten aanzien van juridische kwesties eerder voordoet dan ten aanzien van bijv. medische of financiële. De gedachte is nu dat wanneer niet de zekerheid zou bestaan dat de met de juridisch adviseur uitgewisselde informatie geheim kan blijven, de verleiding om informatie achter te houden

groot en vaak te groot zou worden. Dat is niet in het belang van een goede rechtsbedeling en – uiteindelijk – ook niet in het belang van de cliënt. Deze kan en mag immers op basis van onjuiste en onvolledige gegevens geen sluitend en verantwoord advies verwachten. Het werkt bovendien nodeloos procederen in de hand. Gaat het om juridische bijstand in een procedure, dan kan een achterhouden van informatie betekenen, dat de advocaat moet handelen op een feitelijk onzekere grondslag, die tot fouten leidt, die maakt dat hij voor vervelende verrassingen wordt geplaagt, waardoor procedures onnodig verloren gaan en die in ieder geval de rechter meer werk bezorgt. De belangen van een cliënt, die juridische hulp en bijstand moet inroepen en, teneinde de kwestie of het geschil op de voor hem gunstigste wijze af te wikken, vrijelijk met zijn adviseur of advocaat moet kunnen overleggen, lopen in deze zin parallel met de belangen van een behoorlijke, op waarheidsgetrouwheid steunende, rechtsbedeling. Beide belangen vinden, naar algemeen wordt aangenomen, in het privilege gelijkelijk bescherming.

Sommigen zijn sceptischer. Zij tekenen aan dat het verband tussen openheid in het verkeer met juridische hulpverleners, privilege en het bevorderen van de administration of justice, dubieus en in elk geval nog nooit bewezen is. Het enige empirische onderzoek dat bekend is, betreft een enquête onder 108 niet-juristen. Van deze zouden 55 zonder privilege terughoudender zijn in het verstrekken van informatie aan hun juridisch adviseur, voor 37 personen zou het geen verschil maken en 16 wisten het niet (64). Desondanks pleit niemand voor afschaffing van het legal professional privilege. Meestal wil men het alleen van een andere grondslag voorzien en op die manier realiseren dat ook andere beroepsbeoefenaren er van kunnen profiteren. De erkenning in 1968 van het patent professional privilege heeft deze verandering nog niet bewerkstelligd. Door de beperking tot aanhangige of te verwachten octrooiprocedures en door de functie die de octrooigemachtigde in zo'n procedure vervult, is men gebleven binnen de grenzen van direct betrokken deelnemers aan de rechtsbedeling. Ik heb al gezegd dat een verdere uitbreiding van het aantal privileges vooralsnog in Engeland niet zal plaatsvinden. Zolang dat niet gebeurt, is het professional privilege in Engeland, anders dan het verschoningsrecht wegens beroepsgeheim in de eerder besproken landen, niet het resultaat van een afweging van (het maatschappelijk belang van) twee conflicterende en bij de beroepsbeoefenaar gelocaliseerde plichten, te weten de getuigplicht en de geheimhoudingsplicht. De geheimhoudingsplicht is bij

(64) Bron: Yale Law Journal, 1962, p. 1262 e.v. Voor commentaar zie de Note in Michigan Law Review, 1983, p. 665-692 met verwijzingen in noot 2 en 5.

het professional privilege in het geheel geen zelfstandige factor (65). Dit wil zeggen dat het belang van de beroepsbeoefenaar en daarmee van de beroepsgroep geen overwegende, laat staan een doorslaggevende rol speelt. Het zwaartepunt ligt bij de cliënt. De cliënt wordt beschermd. Hij is het die beslist of het privilege wordt ingeroepen: voor zichzelf, voor de beroepsbeoefenaar en voor derden. Bij het verschoningsrecht is dit net omgekeerd.

15. Toch is er in Engeland wel een grotere behoefte aan bescherming van vertrouwelijke gegevens dan de privileges verschaffen. Die behoefte wordt ook gehonoreerd. Ik heb eerder in nr. 11 een aantal technieken opgesomd die de rechter hanteert. Van bijzondere betekenis is de public interest immunity. Het gaat daarbij in de woorden van de Canadese Law Reform commissie 1975 om de afweging van aan de ene kant 'the privacy of professional relationships and the public interest in maintaining that privacy' tegenover 'the evidential material facilitating the administration of justice' (66). Een al te ruim gebruik van deze bevoegdheid betekent in Engeland een indirecte aantasting van de huidige grondslag van het privilege.

Deze verandering doet zich nog niet voor wanneer de discretionaire bevoegdheid van de rechter slechts wordt gebruikt ten aanzien van onnodige, niet ter zake doende of niet van wezenlijk belang zijnde vragen of documenten. Pas wanneer ook in geval dat de vragen of documenten 'proper, necessary and relevant' zijn, de rechter beantwoording of openbaarmaking tegenhoudt op grond van een afweging van genoemde belangen, is daarvan sprake. Betwist is in Engeland of deze situatie al bereikt is dan wel nagestreefd moet worden. Onmiskenbaar is echter dat op dit onderdeel sprake is van een ontwikkeling, waarvan het einde nog niet in zicht is en die het leerstuk van het privilege niet onberoerd laat.

Lord Denning heeft in de al eerder vermelde uitspraak inzake *D vs. National Society for the Prevention of Cruelty to Children* ([1976] 2 All ER 993) gepleit voor introductie buiten privilege van het beginsel van afweging van de betrokken belangen. Onduidelijk is of het House of Lords hem hierin is gevolgd toen dit college de zaak besliste. In *Riddick vs. Thames Board Mills Ltd* ([1977] 3 All ER 677) kwam de kwestie opnieuw aan de orde. In die procedure eiste een ontslagen werknemer overlegging van een memorandum uit zijn personeelsdossier, dat voor hem vernietigend was en dat ook in de ontslag-

(65) Nog afgezien van het feit dat het privilege niet alleen op de getuigplicht betrekking heeft, maar ook op de discovery en op het beantwoorden van vragen in het kader van de interrogatories. Zie hiervoor in tekst.

(66) Zie het rapport, met name section 5.

procedure was gehanteerd. Hij wilde de onjuistheid van dit onderdeel aanvechten en op basis daarvan een vordering tot schadevergoeding instellen. Het memorandum was niet geprivilegieerd. Lord Denning gaat in op zijn eerdere uitspraak (p. 687):

The reason for compelling discovery of documents lies in the public interest in discovering the truth so that justice may be done between the parties. That public interest is to be put into the scale against the public interest in preserving privacy and protecting confidential information . . . This balancing act, of weighing the competing public interests, is what I advocated in my judgment in *D vs. NSPCC*. I did not intend in any way to diverge from the 16th Report of the Law Reform Committee. I went, no doubt, a little too far in suggesting a presumption in favour of confidentiality, as the House of Lords afterwards pointed out. But otherwise I find nothing in the speeches to detract from the balancing process.

Beroep op het House of Lords werd uitgesloten, zodat de onzekerheid bleef. Gewacht moest worden tot *Science Research vs. Nassé* en *Britisch Leyland Cars vs. Vyas*, beide tegelijk beslist. In deze zaken ging het om vorderingen wegens discriminatie van werknemers resp. bij een promotie en bij een overplaatsing. De vraag was of ter beoordeling van de gegrondheid van de vordering de niet geprivilegieerde dossiers van anderen moesten worden overlegd. Lord Denning herhaalde zijn eerdere zienswijze. Het House of Lords was aanmerkelijk genuanceerder en terughoudender ([1979] 3 All ER 673) en legde de discretionaire bevoegdheid van de rechter in een ver uitgesponnen beslissing aan banden.

1. A court should not order discovery unless it was necessary either for disposing fairly of the proceedings or for saving costs, and when exercising that discretion, in relation to confidential documents, it should in the interests of justice have regard to (a) the fact that the documents were confidential and that to order disclosure would involve a breach of confidence and (b) the extent to which the interest of third parties would be affected by disclosure.
2. Furthermore, although relevance was a necessary ingredient, the court was not bound to order discovery of all documents which were relevant if, for example, the information could be obtained from other sources.
3. If however discovery was necessary for fairly disposing of the proceedings, discovery must be ordered notwithstanding the documents' confidentiality.
4. In deciding whether discovery was necessary for that reason the court should first inspect the documents and consider whether justice could be done by special measures, such as covering up confidential but irrelevant parts of the documents, substituting anonymous references for specific names, or, in rare cases, a hearing in *camara*.

Deze uitspraak is duidelijk. Dat geldt echter niet voor andere, latere uitspraken van het House of Lords over dit onderwerp. Daardoor duurt de onzekerheid voort. De latere uitspraken die ik bedoel zijn *Burmah Oil vs. Bank of England*, *Buttes Gaz Oil vs. Hammer* en *Occidental Petroleum Co. vs. Buttes Oil*, alsmede *Air Canada vs. Secretary of State for Trade* (67). In al deze gevallen was bij commerciële transacties of handelingen het belang van enig onderdeel van de openbare dienst betrokken. Kern van de beslissingen is dat dit belang, hoewel niet beschermd in de concrete gevallen door het Crown privilege, kan prevaleren boven het belang van een goede rechtsbedeling. Het verst gaat de beslissing in *Air Canada*. Zij betreft een verhoging van landingsrechten op het Londense vliegveld Heathrow, waaraan veelvuldig en nauw overleg met de regering was voorafgegaan. Overlegging van de in het bezit van de rechtspersoon tot exploitatie van het vliegveld zijnde regeringsdocumenten werd geweigerd, hoewel de noodzaak en de relevantie ervan vaststonden. Het Court of Appeal gelastte geen openbaarmaking. Zelfs een inspectie werd uit den boze geoordeeld, tenzij eiser duidelijk kon maken dat de documenten een wezenlijke ondersteuning voor zijn stellingen betekenden. Een bijna onmogelijke eis, die in feite inhoudt dat zeer hoge voorrang wordt gegeven aan (beweerdelijke) belangen van de staat, ook wanneer deze niet door privilege worden beschermd. Desondanks bevestigde het House of Lords deze beslissing.

Onzeker is op dit ogenblik welke invloed van deze laatste beslissingen uitgaat op de eerdere, die alle op particulieren betrekking hadden. Slechts in één bepaald opzicht staat vast dat beide categorieën gelijk worden behandeld: van een public interest immunity kan geen afstand worden gedaan. De bescherming is absoluut (68).

16. De grondslag van het professional privilege verandert wanneer ook andere beroepsgroepen dan de juridische worden erkend, heb ik gezegd. Daarvan is sprake in de meeste andere Common Law-landen dan Engeland. Naast het legal professional privilege – met overigens telkens eigen accenten, met name in verband met een verschil in discovery-procedure (69) –

(67). Resp. [1979] 3 All ER 700; [1980] 3 All ER 475 en [1983] 1 All ER 910 met verwijzingen naar eerdere rechtspraak en naar rechtspraak in andere Common Law landen. Zie ook Section 43 van het Canadese rapport waarin voorzien wordt in een inspectie of/en beslissing door de rechter in plaats van de beslissing over te laten aan het overheidslichaam zelf.

(68) *Hehir vs. Commissioner of Police*, [1982] 2 All ER 335 met verwijzingen naar eerdere uitspraken waaruit nog twijfel blijkt.

(69) Hierover onder meer Kaplan, 1984 (noot 55), p. 14 e.v.

zijn thans in ieder geval vrij algemeen privileges erkend voor medici en geestelijken, zij het soms alleen voor bepaalde procedures en soms pas sinds kort (70). De erkenning van het medical professional privilege is begonnen in New York in 1828. Thans bestaat het in de Verenigde Staten nagenoeg overal, behalve wanneer het om kindermishandeling gaat. In Nieuw Zeeland heeft erkenning plaatsgevonden in 1908 voor civiele procedures. Pas in 1980 is het onder invloed van het rapport Professional Privilege in the Law of Evidence van de Torts and General Law Reform commissie uitgebreid tot strafzaken. In Australië is het privilege erkend in de ene staat in 1910, in een andere in 1939 en in een derde pas in 1958, alle beperkt tot civiele procedures en alle met een uitzondering voor gevallen dat de toerekeningsvatbaarheid van de cliënt in het geding is. Dan mag de arts wel spreken, moet hij het, anders dan in een recente beslissing van het BGB in de Bondsrepubliek Duitsland (71), zelfs. In Canada bestaat veel weerstand tegen erkenning van een medical professional privilege in welke vorm ook (72).

Wat betreft het priester-penitent privilege: dit wordt buiten Engeland vrijwel algemeen erkend. In Nieuw Zeeland overigens pas sedert de wijziging van 1980. Moeilijker ligt het met de erkenning ten opzichte van psychologen, psychiaters en psychotherapeuten. In de Verenigde Staten worden ze vaak op een lijn gesteld met medici. In ruim driekwart van de staten en in federale zaken altijd (zie hierna bij de Federal Rules of Evidence) wordt thans de professionele relatie tot deze personen door privilege beschermd. Buiten de Verenigde Staten daarentegen nauwelijks (73).

De staatsvormen in de Verenigde Staten, Canada en Australië laten per afzonderlijk rechtsgebied een grote verscheidenheid toe. Met name in de Verenigde Staten is daarvan druk gebruik gemaakt, aldus blijkt uit het zeer uitvoerige overzicht bij Wigmore (74). Onder meer worden genoemd journa-

(70) Vergelijk voor het onderstaande Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2285 e.v., 2280, 2394 (met supplement 1985 bij dezelfde par.); A. Stanton, Child-parents privilege for confidential communication: an examination and proposal, *Family Law Quarterly*, 1983, p. 1 e.v.; Peires, 1984 (noot 13); Cross, 1979 (noot 47), p. 293 e.v.; Cervený en Kent, Recent decisions, *Notre Dame Law Review*, 1984, p. 791 e.v.; R. Smith, Compilation of state and Federal Privacy Laws, 1978; J. Baudouin, Rapport sur le secret professionnel en droit québécois et canadien, in: *Le secret et le droit*, 1974 (noot 28), p. 104 e.v.

(71) BGH 4 juli 1984, gepubliceerd in NJW 1984, p. 2893 e.v.

(72) Vergelijk met name het overzicht met verdere verwijzingen bij Peiris, 1984 (noot 13), p. 309 e.v.

(73) Het in noot 70 genoemde artikel van Cervený en Kent gaat bijna helemaal over het patiënt-psychotherapeut privilege en bevat ook een kritische bespreking van de voorgestelde Rule 504 (zie hierna).

(74) Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2286 met supplement 1985.

listen, accountants, maatschappelijk werkers, stenografen, onderwijzers en leraren. Bepleit – en soms al erkend – wordt een child-parents privilege (75). In Nieuw Zeeland heeft de genoemde Torts and General Law Reform commissie zich tegen de meeste van deze uitgesproken. Alleen een patent professional privilege is voorgesteld en overgenomen, naast het reeds vermelde priest-penitent privilege en de uitbreiding van het medical professional privilege.

Bij deze ruimere erkenning van professional privileges in de verschillende landen is tweërlei systeem gevolgd. De category approach kiest voor een opsomming van in aanmerking komende groepen, de principle approach volstaat met in algemene zin de voorwaarden te formuleren voor de (jurisprudentiële) erkenning van een professional privilege. De eerste benadering was de meest gebruikelijke – nu nog in Engeland bijvoorbeeld –, de tweede begint aan betekenis te winnen. Protagonist van deze benaderingswijze is Wigmore geweest. Hij pleitte reeds lang geleden voor een toetsing aan vier criteria, criteria die in de discussie steeds opnieuw terugkeren (76):

- a. the communication must originate *in confidence* that they will not be disclosed;
- b. this element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties;
- c. the *relation* must be one which, in the opinion of society, ought to be sedulously *fostered*;
- d. the injury that would inure to the relation by disclosure of the communication must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation.

De beginselen spelen ook een rol bij het bepalen van omvang en inhoud van reeds erkende privileges (77). Als techniek van regelgeving is het tot nu toe gehanteerd in de American Federal Rules of Evidence en in de Proposed Evidence Code van Canada, beide uit 1975. De Federal Rules hebben geen kracht van wet, maar genieten wel veel navolging en gezag (78). Het centrale art. 501 houdt in dat voor federale gerechten alleen die privileges kunnen

(75) Hierover met name het artikel van Stanton, 1983 (noot 70), alsook bij Wigmore, supplement 1985 ad. par. 2286.

(76) Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2285 (zijn cursivering).

(77) Onder meer Hawkeye, 1981 (noot 49), p. 497 e.v.

(78) Hierover Cernevy en Kent, 1984 (noot 70); Note in Harvard Law Review, 1984, p. 918; Note in Michigan Law Review, 1983, p. 598 e.v. (met name noten 1 en 2). Een compleet overzicht van de Federal Rules of Evidence, met inbegrip van de voorgeschiedenis en een uitvoerige opgave van literatuur, bieden S.A. Salzburg en K.R. Redden, Federal Rules of Evidence, 1977².

worden ingeroepen die uit de constitutie voortvloeien, door het congres zijn uitgevaardigd of door het Supreme Court zijn erkend. Voor het overige wordt de kwestie 'governed by the principles of the common law as they may be interpreted by the courts of the United States in the light of reason and experience'. In staatsprocedures geldt de State Law, maar ook hierop is de invloed van de Federal Rules groot. Rules 502 tot 510 bevatten specifieke privileges. Achtereenvolgens zijn dit: degene die krachtens wettelijke plicht rapport opmaakt en degene aan wie gerapporteerd wordt (art. 502), client-lawyer (art. 503), patient-psychotherapist (art. 504, waarbij het ruimere medical professional privilege het onderspit heeft gedolven: dat is aan de staten overgelaten), husband-wife (art. 505), communications to clergymen (art. 506), political vote (art. 507), trade secrets (art. 508), secrets of state and other official information (art. 509), identity of informer (art. 510).

De Proposed Evidence Code van Canada steunt in belangrijke mate op de Amerikaanse Federal Rules, waarvan de commissie blijkens het voorwoord tevoren kennis heeft kunnen nemen. Art. 41 bevat een algemeen professional privilege:

A person who has consulted a person exercising a profession for the purpose of obtaining professional services, or who has been rendered such services by such a professional person, has a privilege against disclosure of any confidential communication reasonably made in the course of the relationship if, in the circumstances, the public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice.

Een speciaal legal professional privilege wordt geregeld in art. 42, maar is beperkt tot aanhangige of te voorziene gedingen, overigens met inbegrip van wat in de Verenigde Staten de work product-doctrine wordt genoemd (79). Andere speciale privileges zijn: required reports (art. 39), husband-wife (art. 40), secrets of state and other official information (art. 43), identity of information (art. 44) en trade secrets (art. 45). De lijst wijkt niet veel af van de Amerikaanse. Alleen is ten gevolge van de algemene bepaling in art. 41 het aantal expliciet geregelde professional privileges beperkt tot het traditionele client-lawyer privilege en dan nog slechts in zijn meest klassieke vorm: met het oog op een procedure. Voor het overige moet de algemene bepaling uitkomst bieden. Daarmee is de ontwikkeling grotendeels in handen van de rechter gelegd. Het ziet er op dit ogenblik niet naar uit dat de voordien in

(79) Zie hierover S.L. Cohn, The work product doctrine: protection, not privilege, *Georgetown Law Journal*, p. 917/943; M. Belli, *Modern Trials*, 1982², p. 137 e.v.; Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2318 (vooral Supplement).

acht genomen terughoudendheid in Canada minder geworden is. Juristen en geestelijken zijn de enigen ten aanzien waarvan een privilege algemeen wordt erkend.

17. Ongeacht of men de category of de principle benadering kiest, steeds berust de erkenning van professional privileges die meer omvat dan het legal en patent privilege op een afweging van belangen. Daarin verschillen de meeste andere Common Law landen van Engeland en dat hebben ze gemeen met de continentaal Europese landen. Engeland en de andere Common Law landen stemmen op hun beurt overeen in de constructie van het professional privilege als een recht dat toekomt aan de cliënt en tegelijk een plicht vormt voor de beroepsbeoefenaar. Dit verschil met de continentaal Europese landen, waarin voor het verschoningsrecht aansluiting wordt gezocht bij de op de beroepsbeoefenaar rustende geheimhoudingsplichten, werkt door in omvang, gevolgen en implicaties van de bescherming, die het verschoningsrecht en het privilege bieden. Ik verwijs voor voorbeelden naar onder meer de nr. 55, 59, 60 en 61. Op deze plaats volsta ik met het vermelden van de in dit verband het meest in het oog springende kwestie, te weten het al dan niet afstand kunnen doen. In zijn beschikking inzake notaris Maas heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een ontslag uit de geheimhoudingsplicht door de cliënt het verschoningsrecht van de notaris niet opheft. De motivering is dat anders een weigering door de cliënt van zodanig ontslag in zijn nadeel zou kunnen worden uitgelegd, hetgeen tot gevolg zou kunnen hebben dat men er van weerhouden wordt de hulp van vertrouwenspersonen in te roepen of zich vrijelijk tegenover deze uit te spreken. In de Common Law landen mag de rechter geen nadelige consequenties verbinden aan een weigering van de cliënt van zijn privilege afstand te doen. Gelet op de gekozen constructie kan het ook niet anders. De kwestie is in die landen daarom nauwelijks een probleem.

1.3. Het Europese recht

18. Een confrontatie van de geschetste benaderingswijzen ten aanzien van verschoningsrecht en professional privilege in continentaal West-Europa en in Common Law heeft het Europese mededingingsrecht gebracht na de uitbreiding van de EEG in 1979. Art. 85 en 86 EEG verbieden overeenkomsten tussen ondernemingen en het misbruik maken van machtsposities op de gemeenschappelijke markt die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Het toezicht op naleving van deze bepalingen is opgedragen aan de Commissie (Verordening 17/62). De Commissie zijn in het kader van de opsporing ruime bevoegdheden toegekend, onder meer tot het inwinnen

van inlichtingen (art. 11 Vo. 17/62) en het doen van onderzoek ter plaatse (art. 14 Vo. 17/62). Een onderzoek ter plaatse of verificatie bestaat uit al dan niet aangekondigde bezoeken van functionarissen van de Commissie aan bedrijven, waarbij zij het recht hebben boeken en andere bescheiden in te zien, kopieën of uittreksels te maken, toelichtingen te vragen en het bedrijf te inspecteren. In de Verordening nr. 17/62 noch elders in het gemeenschapsrecht is een uitzondering gemaakt voor vertrouwelijke documenten of gegevens. Gelet op de aard van de materie zou zo'n uitzondering vooral het verkeer tussen ondernemingen en juridisch adviseurs of advocaten moeten betreffen. Bij de totstandkoming van de Verordening is er wel over gesproken en gedacht, maar uiteindelijk heeft men er van afgezien (80). In Engeland heeft dat grote verontrusting teweeggebracht en geleid tot een vraag aan de Commissie. Deze antwoordde op 22 juni 1978 als volgt:

Community competition legislation does not provide for any protection for legal papers. But the Commission, wishing to act fairly, follows the rules in the competition law of certain Member States and is willing not to use as evidence of infringements of the Community competition rules any strict legal paper written with a view to seeking or giving opinions on points of law to be observed or relating to the preparation or planning of the defence on the firm or association of firms concerned. When the Commission comes across such papers it does not copy them. Subject to review by the Court of Justice, it is for the Commission to determine the nature of a given paper.

Ter verzachting voegt de Commissie er nog aan toe dat vanzelfsprekend ieder lid van haar staf verplicht is tot geheimhouding van alles wat tijdens het verrichten van de werkzaamheden wordt ontdekt of vernomen (81).

19. De Commissie erkent derhalve wel enige vorm van bescherming van de correspondentie tussen juridisch adviseur of advocaat en bedrijf, maar of, en indien ja, in hoeverre daarvan sprake is in een concreet geval, staat aan haar ter beoordeling. In dit laatste zit de pijn. De Commissie wil kennisnemen van alle documenten en gegevens en sommige ervan – nadat soms over het vertrouwelijk karakter uitvoerig is gedebatteerd en eventueel zelfs is geproce-

(80) F. Vogelhaar in de rubriek Jurisprudentie van SEW 1983, p. 132/3.

(81). Hierover Folmer, 1980 (noot 55), p. 22; S. Ghandi, Legal professional privilege in European Community law, *European Law Review*, 1982, p. 309. Zie over dit probleem ook Hasselblad vs. Orbinson, [1985] 1 All ER 173. De Commissie huldigde nog hetzelfde standpunt in 1979 in een beschikking (Fides) van 31 januari van dat jaar (Pb. 1979, nr. L 57/33).

deerd voor het Hof van Justitie – bij haar oordeelsvorming buiten beschouwing laten. Kan dat wel? Kan de Commissie bijvoorbeeld een waarschuwing vergeten van een advocaat dat een bepaalde overeenkomst wellicht in strijd is met de mededelingsregeling, als overtreding daadwerkelijk wordt geconstateerd en de Commissie de sanctie gaat bepalen?

Het verwondert niet dat net op dit punt de Commissie het eerst bestreden is. Dat is gebeurd door de Australian Mining and Smelting Europe Limited, gevestigd in Engeland. De AMS, door de Commissie betrokken in een onderzoek naar de zinkindustrie, weigerde vertrouwelijke correspondentie met haar advocaat uit de jaren 1972-1973 over te leggen. De correspondentie had betrekking op de toetreding van Engeland tot de EEG en de gevolgen daarvan voor AMS met het oog op de art. 85 en 86 EEG. De Commissie wenste inzage in de correspondentie teneinde de vertrouwelijkheid ervan zelf te beoordelen en vast te stellen. Minnelijk overleg leidde niet tot resultaat, waarna de Commissie krachtens art. 14 lid 3 Vo. 17/62 bij formele beschikking van 6 juli 1979 een inspectie gelastte (82). AMS appelleerde van deze beschikking bij het Hof van Justitie (art. 173/4 EEG). Geïntervenieerd werd er aan de zijde van de Commissie door Frankrijk en aan de zijde van AMS door Engeland en door de Consultative Committee of the Bars and Law Societies of the European Community's.

Aan een verslag van de eerste zittingsdag (83) ontleen ik dat alle partijen het er over eens waren dat het geschil betrekking had op de procedurele vraag naar de wijze waarop de vertrouwelijkheid van documenten en gegevens moet worden vastgesteld. Het Hof heeft echter van meet af aan de zaak in een breder kader getrokken. Zo heeft het partijen en interveniënten verzocht mede aandacht te besteden aan de vraag naar het bestaan van een verschoningsrecht of legal professional privilege in het Europese recht. De verwachting was dan ook dat het Hof mede daarover een principiële beslissing wilde geven. Die verwachting is vervuld. Ik citeer de desbetreffende passages van het arrest (84).

18 . . . Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische, maar ook juridische vervlechting van de lid-staten, moet rekening houden met de

(82) Op grond van nagenoeg dezelfde argumenten als in 1978 en 1979. Zie Ghandi, 1982 (noot 81), p. 310 e.v.

(83) M. Clough, Legal professional privilege. AM and S Europe Ltd. vs. EC Commission, New Law Journal, 1980, p. 1178/9.

(84) Zie noot 11 voor bronvermelding. Het arrest is uitvoerig besproken in Nederland door E. Grabandt, Legal professional privilege en beroepsgeheim van de advocaat tegenover opsporingsbevoegdheid van de overheid, Advocatenblad 1982, p. 525 e.v.

beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben op het gebied van de eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van o.m. bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle lid-staten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft.

19. Weliswaar blijkt in het recht van alle lid-staten 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, zoals overigens zowel door verzoekster als door de interveniënten die haar in haar conclusies ondersteunen. wordt toegegeven.

20. Terwijl in sommige lid-staten 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 lid-staten 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.

21. Doch naast deze verschillen zijn in de nationale rechtsstelsels van de lid-staten 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 (*a*) heeft plaatsgevonden in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt, en zij anderzijds (*b*) 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 lid-staten gemeen hebben.

De in rechtsoverweging 21 genoemde, door mij met *a* en *b* aangeduide, voorwaarden zijn vervolgens nader uitgewerkt. De eerste in die zin dat de bescherming zich uitstrekt tot alle correspondentie van na het geding, met de erkenning dat het mogelijk moet zijn ook de tevoren gevoerde correspondentie er in te betrekken, mits die verband houdt met het voorwerp van de procedure. De tweede voorwaarde is zo ingevuld dat de briefwisseling van alle advocaten gelijkelijk wordt beschermd onder voorwaarde dat de advocaat is ingeschreven bij de balie van een der lid-staten. Deze laatste beperking houdt

verband met de Richtlijn van de Raad nr. 77/249 (85) tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten. Die Richtlijn is, aldus het Hof in rechtsoverweging 26, zelf weer gebaseerd op de wederzijdse erkenning door alle lid-staten van de begrippen die eigen zijn aan hun nationaal recht op dit gebied. Rechtsoverweging 28 tenslotte bevat de voor het karakter van de bescherming belangrijke opmerking 'dat het vertrouwelijkheidsbeginsel de cliënt niet verhindert de briefwisseling met zijn advocaat openbaar te maken, indien hij zulks in zijn belang acht'.

20. Pas in het tweede deel van het arrest (r.o. 29 e.v.) komt de procedurele vraag aan de orde. Het Hof oordeelt dat in geval van weigering de briefwisseling over te leggen de Commissie die gegevens moeten worden verschaft waaruit kan blijken dat de briefwisseling voldoet aan de voorwaarden voor bescherming. Is de Commissie niet overtuigd dan kan zij bij beschikking overlegging gelasten, zo nodig versterkt met een geldboete of dwangsom bij wege van sanctie. Een andere oplossing dan deze is er volgens het Hof niet. Met name moet het uitgesloten zijn de beslissing over te laten aan arbiters of aan nationale instanties. Dat betekent echter niet dat de onderneming rechteloos is. Deze kan beroep aantekenen bij het Hof en tegelijk – omdat zo'n beroep zelf geen schorsende werking heeft – een voorlopige voorziening tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking verzoeken (art. 185 en 186 EEG). Op die manier acht het Hof de belangen van onderneming en Commissie voldoende gewaarborgd.

21. Vastgesteld moet worden dat het Hof zijn beslissing in hoge mate heeft gebaseerd (willen baseren) op wat de verschillende rechtsstelsels gemeen hebben als het gaat om de bescherming van vertrouwelijke correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt. Toch is duidelijk dat ten aanzien van de *aard* van de bescherming, die het Hof verleent, de Angelsaksische gedachte overheerst. Er is geen sprake van een lawyer's privilege. Het Hof zegt dit weliswaar niet met zoveel woorden, maar het volgt uit rechtsoverweging 28, waarin het recht van de cliënt wordt erkend om afstand te doen van de bescherming (86). Het volgt ook uit het derde deel van het arrest (r.o. 33 e.v.) inhoudende het oordeel over de vertrouwelijkheid van de documenten in kwestie. De documenten bevonden zich in handen van AMS, niet van haar

(85) Pb. 1977, nr. L 78/17. Richtlijn van 23 maart 1977.

(86) Vergelijk hiermee HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985, nr. 52 (notaris Maas), hiervoor nr. 17 in fine al genoemd.

advocaat, maar die omstandigheid stond aan bescherming niet in de weg. Net als in de Angelsaksische landen komt het recht derhalve aan de cliënt toe. Deze beslist ook of het al dan niet wordt ingeroepen.

In andere opzichten dan de aard van de bescherming, is de Angelsaksische gedachte minder overheersend, zijn er in ieder geval aanzienlijke verschillen. Een verschil is bijv. het volgende. Het House of Lords heeft in 1978 in een zaak, die ook de mogelijke overtreding van kartelverboden in de zinkindustrie betrof, maar gevoerd werd tussen particuliere ondernemingen – Westinghouse Electric Corporation en Rio Tinto Zinc Corporation (87) – het oordeel bevestigd van het Court of Appeal dat het risico dat de over te leggen documenten aanleiding zouden kunnen zijn voor de Europese Commissie tot het opleggen van een boete krachtens art. 14 e.v. Vo. 17/62, de onderneming het recht geeft op het privilege against self-incrimination (88). In de AMS-zaak is dit aspect wel genoemd in de conclusies (89) van de Advocaat-Generaal, maar door het Hof terzijde gelaten. Pikant detail is dat AMS deel uitmaakt(e) van het Rio Tinto Zinc-concern!

Verdere verschillenpunten met het Angelsaksische recht hebben vooral betrekking op de voorwaarden voor de bescherming en op de wijze waarop wordt bepaald, of, en zo ja, welke documenten geprivilegieerd zijn. Over deze verschillenpunten een enkel woord. Het 'verband met het voorwerp van een procedure' die kan leiden tot een beslissing terzake van schending van art. 85 en 86 EEG, wordt ruim uitgelegd. In het concrete geval bijv. zijn documenten beschermd die dateerden van 6 tot 7 jaar voordat de Commissie tot een onderzoek besloot. Meer problemen levert op de beperking tot onafhankelijke advocaten, die bovendien in een van de lid-staten moeten zijn ingeschreven. Bezien vanuit het uitgangspunt van het Hof – het zoeken van een gemeenschappelijke noemer – is de beslissing wel te begrijpen, maar vrij algemeen wordt de praktische hanteerbaarheid ervan betwijfeld. In het bijzonder geldt dit voor de uitsluiting van advocaten uit derde landen. Amerikaanse ondernemingen bijv. (met vestigingen) in EEG-landen kunnen hun juridische zaken niet meer door Amerikaanse advocaten laten behandelen. Forrester (90) gaat zover te betogen dat it is difficult to imagine that this portion of the judg-

(87) [1978] 1 All ER 434.

(88) Hierover, met vermelding van eerdere en latere jurisprudentie, C. Greenwood, *European Community law*, Annual Review, 1983, p. 187 e.v.

(89) In de AMS-zaak zijn twee conclusies genomen, hetgeen het belang ervan voor het Hof moge onderstrepen.

(90) J.S. Forrester, *Legal professional privilege: limitations on the commission's powers of inspection following AM and S judgement*, *Common Market Law Review* 1983, p. 75 e.v.; zie ook Ghandi, 1982 (noot 81), p. 314. Zie ook noot 95a.

ment will be the Court's definitive statement on the matter. Hij voorspelt een spoedig omgaan van het Hof op dit punt.

Wat betreft de uitsluiting van bedrijfsjuristen is dat minder zeker. In Engeland wordt, als gezegd, voor het legal professional privilege niet het vereiste van onafhankelijkheid gesteld. In veel andere landen is de kwestie hoogst dubieus of omstreden. Er bestaat een samenhang met het al of niet aanwezig zijn van ereregelen, gedragscodes en tuchtrechtelijke voorzieningen. Leden van het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen zijn er aan onderworpen. De sinds kort toegelaten advocaat in dienstbetrekking eveneens. Daarmee zou de kwestie voor Nederland beslist kunnen zijn, ware er niet het verschil in aard tussen het verschoningsrecht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking en het legal professional privilege. Daardoor zou in Nederland de regeling zo moeten luiden dat de bedrijfsjurist ofwel zelf ofwel in het kielzog, als afgeleide van de advocaat, een verschoningsrecht kan invoeren.

Interessant is de ontwikkeling op dit punt in de Verenigde Staten. De kwestie is ingebed in wat genoemd wordt het corporate attorney-client privilege: welke gesprekken met advocaten door welke personen binnen de onderneming of organisatie zijn geprivilegieerd? Verschillende criteria zijn ontwikkeld. Onder meer (91) de control group test, die zich richt op de positie van de betrokkene en op diens invloed bij de beslissing naar aanleiding van het ingewonnen juridisch advies. Een ruimer criterium is de subject-matter test. Toepassing hiervan leidt tot bescherming van alle gesprekken van werknemers met advocaten, mits die gesprekken plaatsvinden op (stilzwijgende) last van de superieur en betrekking hebben op hun werkzaamheden binnen de onderneming. In een recente beslissing van het Supreme Court in de zaak *Upjohn vs. United States* (92) zijn beide criteria, in het bijzonder het eerste, verworpen en is gekozen voor een casuïstische benaderingswijze. Vooral nog heeft deze veel onzekerheid veroorzaakt. De positie van de bedrijfsjurist lijkt echter te zijn versterkt. In de literatuur wordt aanbevolen om alle gesprekken van werknemers met advocaten onder het zegel van de vertrouwelijkheid via de bedrijfsjurist te laten verlopen.

Een laatste punt tenslotte vormt de procedure tot vaststelling van het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling. Het Hof heeft overwogen dat de

(91). Vergelijk, mede voor het onderstaande, onder andere Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2317 met Supplement 1985; *The attorney-client privilege and the corporate client. Where do we go after Upjohn?*, Note in *Michigan Law Review*, 1983, p. 665/692; B. Keunle in *Mississippi Law Journal*, 1980/1, p. 613 e.v.; J. Gergacz, *Attorney-corporate client privilege: cases applying Upjohn . . .*, *Business Lawyer*, 1983, p. 1653/1683.

(92) SC 13 januari 1981, 449 US 383 (1981).

beslissing hieromtrent op gemeenschapsniveau moet worden genomen. Deze taak opdragen aan de Commissie kon niet, omdat de Commissie dan als rechter zou moeten optreden in een zaak waarin ze ook (voor)onderzoeker was en mogelijk aanklager werd. Er moest derhalve een ander orgaan worden aangewezen en dat is uiteindelijk het Hof zelf geworden. 'Use of the highest court to deal at first instance with interlocutory disputes is bizarre to an english lawyer', aldus een commentaar uit Engelse koker (93). Het in Engeland gehuldigde systeem van masters (een soort rechters van instructie), waarop in het commentaar wordt gedoeld, is echter tamelijk uniek, ook in de Angelsaksische rechtsstelsels (94). In het algemeen wordt de oplossing van het Hof werkbaar geacht, zij het dat veel zal afhangen van de vraag of het Hof er in zal slagen een snelle procedure voor dit soort geschillen te ontwikkelen. Bij dit alles moet worden bedacht dat de AMS-zaak betrekking heeft op een administratieve procedure (95) tot onderzoek naar mogelijke schendingen van de mededingingsregeling van het EEG-verdrag. Men mag aannemen dat buiten dat specifieke terrein vertrouwelijk uitgewisselde gegevens tussen advocaat en cliënt eveneens worden beschermd. Hoe ver het privilege zich dan zal uitstrekken, moet worden afgewacht, zoals ook moet worden afgewacht of andere contacten, bijvoorbeeld met accountants, fiscaal juristen en bankiers, geprivilegieerd zijn in het Europese recht. De door de AMS-zaak uitgelokte wetgevende activiteiten hebben vooralsnog slechts betrekking op de relatie van cliënt en advocaat en zijn de fase van ontwerp-resolutie nog niet te boven (95a).

(93) P. Duffy, Legal privilege and community law, *New Law Journal*, 1982, p. 580/2.

(94) Onder meer Kaplan, 1984 (noot 55), nr. 9 en 78; zie ook Pagone, 1984 (noot 58), p. 682; over het systeem van masters in Engeland: *Halsbury's Laws*, vol. 9^e, nr. 979 e.v.; vol. 37^e, nr. 348 e.v., alsook Order 32 van de Rules of the Supreme Court, waarover I.H. Jacob, *The Supreme Court Practice*, 1982, p. 564 e.v.

(95) Over soortgelijke ontwikkelingen in Australië schrijft Pagone, 1984 (noot 58). Pagone vermeldt een hoogst interessant geval van overruling door het Australische SC van een beslissing van nog geen jaar oud. In *O'Reilly vs. Commissioner of State Bank* (1982 - 44 ALR 27) werden privileges in administratieve onderzoeksprocedures niet toepasselijk geoordeeld. In *Baker vs. Campbell* (1983 - 49 ALR 385) kwam het Hof hierop terug. In Engeland bestaat in dit soort gevallen een privilege: art. 85 Fair Trading Act (Folmer, 1980 (noot 55), p. 25 noot 49). Het Canadese rapport van de Law Reform-commissie breidt de werking van de voorgestelde Evidence Code ook tot administratieve procedures uit, althans wat betreft onder meer de privileges (art. 86/7). Voor Nieuw Zeeland wordt gewezen op *R vs. Uljee* (1982 NZLR 501) dat in dezelfde lijn ligt.

(95a) Ontwerp-resolutie van 2 april 1984 naar aanleiding van een verslag van de heer F. D'Angelosante over een eerder ingediende ontwerp-resolutie van de heer Calvez e.a. (doc. 1-89/84).

2.1. *Orde van het betoog*

22. Wanneer ik mede aan de hand van het rechtsvergelijkende overzicht in het vorige hoofdstuk de problematiek inventariseer die met het onderwerp van dit preadvies wordt aangesneden, kan ik een zevental kwesties onderscheiden. Geformuleerd op de wijze als bij de Nederlandse Juristenvereniging gebruikelijk, zijn dit achtereenvolgens:

- a. Dient een verschoningsrecht te worden geconstrueerd als een aan de beroepsbeoefenaar toekomend recht ter bescherming van zijn ambts- of beroepsgeheim dan wel als een professional privilege, dat het recht is van de cliënt? Is een dergelijk recht absoluut?
- b. Dient het aantal gevallen waarin thans een verschoningsrecht wordt erkend, hetzelfde te blijven, te worden uitgebreid of te worden verminderd? Bestaat in deze een taak voor de wetgever, dit wil zeggen dienen (de) verschoningsrechten gespecificeerd te worden?
- c. Dient een wettelijke regeling een nadere omschrijving in te houden van het object van het verschoningsrecht? Moet dit object in alle soorten gevallen hetzelfde zijn of zijn ook beperkte rechten wenselijk?
- d. Dient in de wet een voorziening te worden getroffen voor de bescherming van vertrouwelijke gegevens *buiten* een verschoningsrecht?
- e. Dient de wet nadere regels te geven voor de met de erkenning van een verschoningsrecht samenhangende gevolgen op het terrein van het bewijs-, beslag- en het algemene procesrecht?
- f. Dient de procedure voor het invoeren van een verschoningsrecht (nader) te worden geregeld, meer speciaal de positie van de wederpartij en de taak van de rechter en/of anderen ten aanzien van bestaan, inhoud en omvang van het verschoningsrecht?
- g. Dient de huidige situatie waarin vele wetten en wetboeken een eigen regeling bevatten, te worden gecontinueerd of is het mogelijk en wenselijk een uniforme regeling tot stand te brengen voor alle of voor een aantal deelterreinen van het recht, al dan niet ondergebracht in één nieuwe, overkoepelende wet?

23. Ik kan niet op alle vragen ingaan. Ik concentreer mij op de kern van de problematiek, voorzover deze bestreken wordt door de vragen a, b en c met in het verlengde daarvan vraag d. Hun beantwoording vereist inzicht in de belangenafweging, die, zoals blijkt uit Hoofdstuk I, zowel in de continentale als – met uitzondering van Engeland – in de Common Law landen de grond-

slag vormt voor de erkenning van een verschoningsrecht of professional privilege. In dit opzicht kan men van een gemeenschappelijke grondstructuur van de verschillende rechtssystemen spreken. Om welke belangen gaat het en welke is hun relatieve zwaarte en betekenis? Hoofdstuk II is vanaf par. 2 helemaal gewijd aan de analyse, waardering en vergelijking van de in aanmerking komende belangen. Daarin zal tevens al een antwoord te lezen zijn in welk soort relaties naar mijn mening een verschoningsrecht of professional privilege in beginsel kan of dient te bestaan. Of dit recht door de beroepsbeoefenaar dan wel door de cliënt behoort te worden uitgeoefend, komt ten principale in hoofdstuk III aan de orde. Ik zal het standpunt verdedigen dat een verschoningsrecht of professional privilege vooral ten behoeve van de cliënt strekt en derhalve ook aan de cliënt moet toekomen. Dit standpunt heeft consequenties onder meer voor de taak van de rechter die de gegrondheid van het inroepen van een verschoningsrecht moet beoordelen en ook voor de omvang van het recht. Ten aanzien van beide consequenties zal ik pleiten voor meer differentiatie onder controle van de rechter dan met name in de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad gebeurt. Het argument van de Hoge Raad dat anders de rechtszekerheid in gevaar komt, overtuigt mij niet. Ook daarop ga ik in hoofdstuk III in. In hoofdstuk IV tenslotte formuleer ik de antwoorden op de vragen die ik besproken heb, als conclusies van dit preadvies.

Samen met het rechtsvergelijkende deel vormt de behandeling van de vragen *a*, *b*, *c* en *d* de hoofdmoot van dit preadvies. Wat de werkwijze betreft ligt de nadruk op het ontwikkelen van gezichtspunten die relevant zijn voor het oordeel wat men met de erkenning van een verschoningsrecht of professional privilege wil bereiken, waarom men dat wil en welke juridische constructie daar het beste bij past. Een gedetailleerde behandeling van beroepsgroepen streef ik niet na. Ik acht zo'n streven, gezien het grote aantal beroepsgroepen, ook niet goed realiseerbaar, tenzij men zich tot enkele beperkt, maar dat is voor het forum van de Nederlandse Juristenvereniging een moeilijk te verantwoorden keuze. Wat ik wel mogelijk acht en ook zal doen, is telkenmale de gevonden resultaten toetsen aan de vraag of deze voor bepaalde beroepsgroepen tot erkenning van een verschoningsrecht nopen of leiden dan wel er juist aan in de weg staan. De casuïstiek ontbreekt derhalve beslist niet. Terwille van de overzichtelijkheid heb ik in de inhoudsopgave – met name vanaf par. 4 van dit hoofdstuk – bij ieder nummer de beroepsgroepen vermeld, die ik bespreek.

De vragen *e*, *f* en *g* betreffen de verdere gevolgen, verbonden aan erkenning van een verschoningsrecht of professional privilege. Het zal duidelijk zijn dat deze gevolgen aanmerkelijk verschillen al naargelang het verschoningsrecht

wordt beschouwd als een recht van de cliënt dan wel als een recht van de beroepsbeoefenaar. Vraag *e* komt zijdelings ter sprake in hoofdstuk III. Met vraag *f* besluit ik hoofdstuk III, zij het in hoofdzaak slechts voorzover ze direct voortvloeit uit de ruimere controle door de rechter die ik voorsta. Wat ik daarover opmerk, is echter vrij gemakkelijk voor veralgemening vatbaar. Vraag *g* tenslotte moet ik helemaal laten rusten. Dat hangt samen met de in de inleiding al aangekondigde beperking tot vooral het civiele recht. De vergelijking met andere rechtsgebieden biedt stof voor een afzonderlijk preadvies.

2.2. Twee opmerkingen vooraf

24. Ik stel voorop dat bij de huidige erkenning van een verschoningsrecht of professional privilege geen *particuliere* belangen zijn betrokken, althans niet met doorslaggevende betekenis. De erkenning steunt met andere woorden in geen enkel land, dat ik genoemd heb, thans nog op de gedachte dat het de particuliere belangen van beroepsbeoefenaren en/of cliënten zijn die bescherming verdienen boven het (algemeen maatschappelijk) belang van een goede rechtsbedeling. Voor Engeland is dat heel duidelijk. Daar komt men zelfs niet eens aan een belangenafweging toe. Het enige belang dat telt is de administration of justice. Alles, ook het legal en patent professional privilege, is daaraan ondergeschikt. Zo ver gaan de andere Common Law landen niet. Zij zien wel een tegenstrijdigheid tussen erkenning van professional privilege en een goede rechtsbedeling. Dit laatste is een algemeen, maatschappelijk belang van hoge orde, waarop de privileges inbreuk maken. Zo'n inbreuk is alleen te rechtvaardigen wanneer algemene, maatschappelijke belangen van nog hogere orde in het spel zijn. Vandaar de norm: the public interest in maintaining the privacy and confidentiality of the relationship must outweigh the public interest in the administration of justice. Ik verwijs onder meer naar de geciteerde passage uit Wigmore en naar de formulering van art. 41 van de Canadese Proposed Rules of Evidence (nr. 16). In de continentale landen is de situatie geen andere. Aan een Franse bron ontleen ik de volgende omschrijving (96):

Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plai-

(96) Geciteerd bij M. Delmas-Marty, A propos du secret professionnel, Recueil Dalloz Sirey, 1982, p. 267 e.v. In het artikel wordt een (kort) overzicht gegeven van de verschillende grondslagen in de loop van de geschiedenis. Melding wordt gemaakt van een contractuele basis, die pas rond de eeuwwisseling verlaten is.

deur 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 les confidentiels nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation du secret confié.

Ook in Nederland staat het algemeen maatschappelijk belang voorop. De Hoge Raad heeft dat in zijn beschikking inzake notaris Maas nog eens (97) met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht. De motivering vertoont veel gelijkenis met de Franse:

3.3. . . . Het verschoningsrecht van de notaris vindt . . . zijn grondslag in het algemene maatschappelijke belang dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwd tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden, en derhalve niet in het individuele belang van degenen die van zijn bijstand gebruik maken.

Naar mijn overtuiging moet dat ook de benaderingswijze blijven (wat er, voor alle duidelijkheid – zie de Common Law landen – , niet aan in de weg staat het als een recht van de cliënt te beschouwen waarvan deze ook afstand kan doen). Natuurlijk worden met de erkenning van het verschoningsrecht of een professional privilege particuliere belangen van beroepsbeoefenaren en/of cliënten aangesproken, maar ze mogen er niet de grondslag van vormen. 'Wie die Zeugnispflicht im öffentlichen Recht begründet ist, können Ausnahmen von dieser Pflicht auch nur aufgrund von öffentlich – rechtlichen Gesichtspunkten bestehen', aldus Guldener voor Zwitserland (98). Ik sluit niet uit dat de bescherming van gegevens buiten verschoningsrecht of professional privilege, indien nodig, aan andere maatstaven gebonden moet worden, maar daarvoor verwijs ik naar Hoofdstuk III, par. 3.

25. Een tweede punt dat ik voorop stel, is het volgende. Bij de afweging van de (hoge) maatschappelijke belangen kan geen gebruik worden gemaakt van feitelijke, door empirisch onderzoek verkregen gegevens omtrent de werkelijke betekenis van deze belangen. Dergelijk onderzoek ontbreekt, zoals in het algemeen de feitelijke kant van het rechterlijk besluitvormingsproces zich

(97) Vergelijk bijv. HR 14 december 1948, NJ 1949, 95; HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 (anders, wellicht, A-G Leijten in zijn conclusie, t.a.p., p. 519). Zie ook Hazewinkel-Suringa, 1959 (noot 31), p. 20/1; Verburg, 1984 (noot 8), p. 21 e.v.

(98) Guldener, 1979 (noot 24), noot d op p. 344.

niet in een overmatige belangstelling mag verheugen. Men moet zich behelpen met schattingen en waarderingen of, in het ergste geval, met speculaties die, al naar gelang de persoonlijke geaardheid van betrokkenen, een hoge of minder hoge vlucht kunnen nemen. Zo wanneer gesproken wordt over het belang van de waarheidsvinding in het proces. Onderzoek naar de mogelijke overeenstemming met of het mogelijke verschil tussen dat wat op grond van allerlei proces- en bewijsrechtelijke regels ten processe als vaststaand moet worden aangenomen en dat wat – voorzover benaderbaar, want absolute zekerheid zal wel nooit verkregen kunnen worden – in werkelijkheid zich heeft afgespeeld, is er niet. Dat is jammer, want ook zonder aan cijfermateriaal het eerste en het laatste woord toe te kennen, kan er een ontvullend effect van uitgaan. Hetzelfde geldt voor andere aspecten van het onderwerp van dit preadvies. Bijvoorbeeld voor de getuigplicht en de beweerde, evidente bijdrage ervan aan de waarheidsvinding en daarmee aan een goede rechtsbedeling. Bij gebrek aan bewijzen van het tegendeel moet ik dit als uitgangspunt accepteren, hoewel naar mijn mening een forse dosis scepsis niet misplaatst is, ten aanzien van zowel de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de getuigen als de neutraliteit, het niet-sturen van de rechter. Eerder heb ik al vermeld dat ook onbewezen is de stelling dat wanneer een verschoningsrecht of professional privilege niet zou bestaan, cliënten minder openhartig zouden zijn of terughoudender in het consulteren van een beroepsbeoefenaar. Ik besef dat met het in twijfel trekken van deze stelling de bijl wordt gezet aan de wortel van het verschoningsrecht of professional privilege. Niet in die zin dat gegrondheid van de twijfel tot uitbanning zou moeten leiden, maar wel dat de grondslag elders zal moeten worden gezocht. Bijvoorbeeld in de gedachte dat het niet in alle gevallen passend of fair is, wanneer een derde de gelegenheid zou hebben cliënt en beroepsbeoefenaar tegen elkaar uit te spelen. Men nadert dan dicht het leerstuk van het onrechtmatig c.q. unfair verkrijgen van bewijs. Maar zover is het (nog) lang niet, want de twijfel is even onbewezen als de stelling die hij aanvalt. Met deze weinig feitelijke basis moet ik het doen. Ik betreurt dat evenzeer als Wigmore 40 jaar geleden al deed, maar het is niet anders.

26. De af te wegen öffentlich-rechtelijke gezichtspunten, zoals Guldener ze noemt, verdeel ik gemakshalve in twee categorieën: procesrechtelijke en materieelrechtelijke.

De eerste hebben vooral betrekking op het ene uiterste van het spectrum van af te wegen belangen, te weten het belang van een goede rechtsbedeling; de tweede op het andere uiterste, gevormd door het belang van niet-openbaarmaking in de relatie van cliënt en beroepsbeoefenaar.

Met het belang van een goede rechtsbedeling wordt meestal bedoeld dat recht moet worden gedaan op basis van zoveel mogelijk relevante feiten en omstandigheden, zoals ze zich werkelijk hebben voorgedaan. Juistheid en volledigheid derhalve. Dit verklaart waarom men in dit verband ook wel spreekt van het belang van de waarheidsvinding. Als zodanig is het een leerstuk waar boekenkasten mee gevuld zijn en nog steeds worden. Het is een klassiek filosofisch leerstuk. Wat is waarheid? Hoe wordt deze vastgesteld? Is ze wel kenbaar?

Ik zal aardser paden bewandelen. Het verschoningsrecht houdt een uitzondering in op het ten processe bekend worden en vaststellen van (de) relevante feiten en omstandigheden. Hoe worden in het algemeen in een procedure feiten en omstandigheden bekend en vastgesteld? Door wie geschiedt dat, op wiens initiatief en onder wiens controle? Welke mogelijkheden, grenzen en beperkingen gelden hierbij? De vragen hebben betrekking op de wijze van procederen, de rol van de deelnemers daarin en de organisatie van de bewijsvoering. Waar het om gaat zijn kort gezegd de rechten en verplichtingen van partijen en rechter bij zowel het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil als de bewijsoverlevering in het algemeen. Bestaat een inlichtingen-, mededelings-, documentatie- en/of een waarheidsplicht voor partijen met als tegenhanger een onderzoeksrecht voor de rechter? Tegen deze achtergrond moet de kwestie van het verschoningsrecht worden bestudeerd. Die achtergrond is ruimer dan alleen de getuigplicht, al blijft deze belangrijk. Een en ander is ook gebleken uit de ontwikkelingen in Engeland. Daar is het de veruiming van de discovery samen met het toelaten van de partij als getuige geweest, die het karakter van de professional privileges diepgaand hebben beïnvloed. Zelfs zo dat, als gezegd in nr. 12, beide factoren de reden vormen voor het verschil met de continentale verschoningsrechten. Ze verdienen nauwkeurige analyse, zeker nu ook in Nederland overwogen wordt de partij als getuige toe te laten.

2.3. Procesrechtelijke belangen ofwel het nadeel voor de rechtsbedeling bij de erkenning van een verschoningsrecht

27. In een civiele procedure in Nederland, voorzover het althans dagvaardingsprocedures betreft over geschillen die ter vrije beschikking van partijen staan (99), zijn het de partijen die omvang en grenzen van de rechtsstrijd bepalen. De rechter mag alleen feiten en omstandigheden in aanmerking ne-

(99) Of uiteindelijk dit er toe moet leiden dat de erkenning van een verschoningsrecht mede afhangt van de soort procedure, is een andere vraag. Zie hierover hoofdstuk III.

men, die partijen hebben gesteld of die uit het gestelde kunnen worden afgeleid. Hij mag de feitelijke grondslag van het geschil, zoals dat aan hem wordt voorgelegd, niet eigener beweging aanvullen, laat staan veranderen. Aldus het beginsel, dat op de meest uiteenlopende manieren, meestal geplaatst tegenover zijn tegenpool, wordt benoemd: keerzijde van de lijdelijkheid van de rechter, accusatoir tegenover inquisitoir systeem, de rechter als scheidsrechter, Dispositionsmaxime of Verhandlungsgrundsatz tegenover Untersuchungsgrundsatz (100). Anders dan wordt gesuggereerd – maar trefwoorden laten nu eenmaal weinig ruimte voor nuances – , is de tegenstelling in de praktijk niet absoluut. Het gaat veeleer om accentverschillen. Het civiele proces steunt op een taakverdeling tussen rechter en partijen, waarbij het zwaartepunt bij de een dan wel bij de ander ligt. Van land tot land kan dit anders zijn en soms zelfs per onderdeel van het procesrecht in een en hetzelfde land. Bijvoorbeeld is dit het geval in Nederland bij de twee leerstukken die voor het onderwerp van dit preadvies van groot belang zijn: het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil en het bewijsrecht. De scherpe kanten zijn er door de vele uitzonderingen van afgesloten en er bestaat ook een nauwe samenhang tussen beide leerstukken, maar uiteindelijk hebben bij het eerste toch de partijen en heeft bij het tweede toch de rechter het voor het zeggen.

28. Om met het eerste, de feitelijke grondslag, te beginnen: de vele uitzonderingen zijn al vaak genoemd. Ik roep ze gemakshalve kort in herinnering. De rechter mag conclusies trekken uit hetgeen ten processe is gesteld (101). Hij mag algemeen bekende feiten, processuele feiten en ervaringsgegevens bij zijn beslissing in aanmerking nemen zonder dat ze door partijen zijn aangevoerd. Door middel van uitleg van gedingstukken kan hij onduidelijkheden opheffen. De grens met aanvulling en wijziging is vaak even vaag als in het materiële recht. De rechter kan ook partijen om opheldering en inlichtingen

(100) Zie voor deze typering en hun betekenis onder meer H. Nagel, 1967 (noot 26), met name hoofdstuk 1; de preadviezen van Sterk voor Nederland en van Krings en de Coninck voor België over Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, Vereniging voor de vergelijking van het recht in België en Nederland, 1981, gepubliceerd in Tijdschrift voor Privaatrecht, 1982, p. 687 e.v. resp. 655 e.v.; Meijknecht en Wedekind, Geconcentreerde procesgang, preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, 1982, telkens met verdere verwijzigingen.

(101) Voor het hierna volgende verwijs ik korthedshalve naar de studies van J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, 1970 en 1981, alsmede naar het kaartregister NJ ad, art. 48 Rv. en de in de noot 100 genoemde preadviezen van Sterk, Krings en de Coninck. Zie ook art. 176 Ontwerp Nieuw Bewijsrecht.

vragen. In rekestprocedures gebeurt dit veelal tijdens de mondelinge behandeling, in dagvaardingsprocedures zou het pleidooi een geschikt moment zijn, ware het niet dat in civiele zaken in de feitelijke instanties niet dan bij hoge uitzondering wordt gepleit. In de regel wordt thans in dit soort gevallen een inlichtingencomparitie gehouden, meestal samen met een comparitie tot het beproeven van een schikking (art. 19 en 19a Rv.). Er zijn voorstellen en sinds kort zelfs een wetsontwerp (102) zo'n comparitie tot een verplicht onderdeel van de procedure te maken na de conclusie van antwoord. De gedachte is dat op deze manier gemakkelijker en beter de eigenlijke geschilpunten aan de orde komen, wat gunstig is voor de snelheid en de duur van de procedure, ook wanneer geen schikking wordt bereikt. De meest vergaande bevoegdheid van de rechter ten aanzien van het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil is het op eigen initiatief gelasten van bewijsleveringen, bijvoorbeeld getuigenbewijs, deskundigenbewijs, descende of, thans nog, de eedsaflegging. Hierin is de samenhang van beide leerstukken gelegen. Bewijslevering mag de rechter echter slechts gelasten ten aanzien van tussen partijen betwiste feiten. Feiten die over en weer zijn erkend dan wel niet of niet voldoende zijn betwist, dient hij in de procedure als vaststaand aan te nemen, ook al weet of vermoedt hij dat ze niet in overeenstemming met de werkelijkheid zijn. Omgekeerd moet hij feiten die niet gesteld of gebleken zijn terzijde laten, ongeacht of hij weet of vermoedt dat ze zich wel hebben voorgedaan. In deze zin ook het nieuw voorgestelde art. 176 Ontwerp Nieuw Bewijsrecht.

Nog in een ander opzicht kan de rechter niet beslissen op basis van een volledig en juist inzicht in de feiten. Zowel eiser als gedaagde dienen hun stellingen te motiveren, maar niet verder dan voor een beslissing omtrent het gevorderde nodig is. Het petitum bepaalt welke feiten en omstandigheden relevant zijn en in hoeverre. De formulering van het petitum behoort tot de autonomie van partijen. De rechter heeft er geen zeggenschap over. Art. 48 Rv. geeft hem wel enige speelruimte, maar hij moet blijven binnen de door partijen bepaalde grenzen en die kunnen soms erg nauw zijn getrokken, mede op grond van tactische overwegingen. Gebruikelijk is niet te veel te stellen en af te wachten waar de wederpartij mee komt om daar dan op te reageren. Dat is niet altijd even fair en juist, maar het gebeurt en de rechter heeft weinig mogelijkheden hierin verandering te brengen. Bij partijen overheerst, vaak niet onterecht, de vrees dat men door te veel te stellen zich zelf wapens uit de

(102) Wetsontwerp, aangekondigd in Ontwerp Invoeringswet Nieuw BW, deel 1, memorie van antwoord p. 5 (juli 1985). Een eerste versie van dit ontwerp is besproken door E.J. Numann, *De comparitie na antwoord*, in: *Justitia et Amicitia*, 1985, p. 165 e.v.

hand slaat. Bovendien kan het leiden tot niet bedoelde interpretaties bij de rechter of tot een verkeerde bewijslastverdeling (103).

Een volgend voorbeeld waarbij de materiële waarheid niet overeenstemt met datgene wat in de procedure voor waar moet worden gehouden, doet zich voor in appèl en cassatie. Tot de vaststaande feiten in appèl en cassatie behoren alle beslissingen van de lagere instantie, zowel ten aanzien van het recht als ten aanzien van de feiten, waartegen geen grief of cassatiemiddel is aangevoerd. In appèl zijn bovendien bepaalde verweren uitgesloten op grond van de processuele houding van gedaagde in eerste aanleg (gedekt verweer). Buiten appèl en cassatie, maar in dit verband eveneens te noemen, is het beroep dat kan worden gedaan op het gewijsde van een eerdere beslissing.

29. Uit deze voorbeelden – waaraan nog andere zijn toe te voegen (104) – blijkt dat de feitelijke grondslag van het geschil een procesrechtelijk beperkt en bepaalde is, afhankelijk van de houding van partijen. Daaraan kunnen de hiervoor opgesomde bevoegdheden van de rechter en het onmiskienbaar toegenomen gebruik dat deze er van maakt, niets veranderen. Er zijn twee duidelijke hindernissen waar de rechter niet omheen kan. De ene is dat partijen niet verplicht zijn eigener beweging alle op de zaak betrekking hebbende documenten, stukken en informatie ten processe kenbaar te maken. Dat is anders dan in Engeland, waar de medewerkingsplicht in deze wordt afgedwongen via de *solicitor*, die, wanneer hij tekortschiet, zich schuldig maakt aan contempt of court. In een zaak die uiteindelijk werd geschikt, maar waarin kennelijk aanleiding bestond tot zodanige verdenking, heeft de rechter de verantwoordelijkheid van de *solicitors* nog eens dik onderstreept (105):

In preparing for trial solicitors bear a great responsibility and a heavy burden. Not the least of these burdens is that of discovery. This is of especial weight in a complex case of passing off such as this was. Many litigants (and not least corporate litigants) have little appreciation of the scope of discovery, and the duty of making full disclosure. So often they neither know nor appreciate the requirements that they must search for and disclose to their adversary any documents, which in the classic phrase of BRETT, L.J. . . . 'may fairly lead him to a train of inquiry', which may either advance his own case or damage his opponent's. Accordingly, it seems to me

(103) 'Klassiek' is het geval van ontslag op staande voet: HR 26 april 1974, NJ 1975, 103.

(104) Onder meer: in onderling overleg beperken, bewijsnood, verstekverlening, aanvullen en wijzigen van eis, beginsel van hoor en wederhoor, beperkende bewijsregels, het niet altijd functioneren van de contradictoire aard van de procedure.

(105) *Rockwool Machine Tool Ltd. vs. E.P. Barries*, [1968] 2 All ER 98/9, ook geciteerd door Folmer, 1980 (noot 55), p. 13.

necessary for solicitors to take positive steps to ensure that their clients appreciate at an early stage of the litigation, promptly after writ issued, not only the duty of discovery and its width but also the importance of not destroying documents which might by possibility have to be disclosed. This burden extends, in my judgment, to taking steps to ensure that in any corporate organisation knowledge of this burden is passed on to any who may be affected by it.

Vrij algemeen (106) wordt gesteld dat ook in Nederland de partijen verplicht zijn mede te werken aan het bijeenbrengen van het nodige feitenmateriaal, ongeacht of dit in haar voordeel strekt of niet. Naar mijn mening is deze stelling slechts in zekere zin juist. Juist is zij voorzover ze tot uitdrukking brengt dat een partij in een procedure haar standpunt moet motiveren, toelichten en adstrueren of dat van de wederpartij moet bestrijden teneinde de rechter van haar gelijk te overtuigen. Dat kan inhouden de noodzaak om gegevens te vermelden of om documenten en ander materiaal te produceren. Doet de partij dat, om welke reden ook, niet, dan verzwakt zij haar standpunt en kan zelfs de procedure verliezen. Maar nooit, op een enkele uitzondering na (107), kan zij gedwongen worden *daadwerkelijk* openheid van zaken te verschaffen of *daadwerkelijk* stukken te produceren.

Men kan tegenwerpen dat er wel om gevraagd kan worden en dat de rechter een weigering zo'n verzoek in te willigen in het nadeel van de partij kan uitleggen. Op zichzelf is dat juist, maar daarmee is de kern van de zaak nog niet geraakt. Die kern is dat consequenties als hiervoor bedoeld alleen dan getrokken kunnen worden wanneer op de een of andere manier het feit, de omstandigheid of het materiaal in de procedure is genoemd, aangeduid of in redelijkheid vermoed kan worden en uit de processuele houding van de wederpartij blijkt dat deze er meer van wil weten en de rechter dit van belang acht voor zijn beslissing. Is een van deze voorwaarden niet vervuld, dan blijven ze buiten beschouwing. De advocaat is niet, zoals zijn Engelse collega, verplicht de zaak tot op de bodem te onderzoeken en van de resultaten daarvan met het volledige dossier mededeling te doen aan de rechter of de wederpartij. Hij mag alleen de rechter niet bewust verkeerd voorlichten. Wenst de cliënt dat toch of heeft de advocaat ernstige reden dat te vermoeden, dan zal hij zich moeten terugtrekken.

(106) Onder meer J. Vriesendorp, 1981 (noot 101), p. 12; Veegens-Wiersma, Het nieuwe bewijsrecht in burgerlijke zaken, 1973, p. 21 e.v.; H.W. Wiersma, Recht op meewerking bij bewijsvoering, in: Nederlandse Vereniging voor Procesrecht, Effectieve rechtsbescherming en constitutionele rechtsorde, 1983, p. 73 e.v.; W.L. Haardt, Het burgerlijk geding. 'Fair Play' revisited, in: Goed en trouw, 1984, p. 11 e.v.

(107) Hierover H.W. Wiersma, genoemd in de vorige noot, p. 79 e.v.

Kortom: ten aanzien van feiten, omstandigheden, documenten of anderszins, waarvan de wederpartij geen weet heeft, niets vermoedt dan wel niets over zegt, rust op de partij geen plicht deze eigener beweging in het geding te vermelden of in te brengen. Zij kan dat geheel en al laten afhangen van háár oordeel over voor- en nadelen, waarbij natuurlijk het eigen belang voorop staat. In deze zin ontbreekt naar mijn mening in ons recht een inlichtingen-, medewerkings- of documentatieplicht bij het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil. Het behoeft geen betoog dat hierdoor essentiële informatie onthouden kan worden en in de praktijk ook onthouden wordt. Niets is moeizamer dan het bevechten van een partij die alleen desgevraagd iets loslaat. Te onzent heeft onder meer Moltzer (108) in 1904 getracht dit stelsel te veranderen. Zijn voorstel om iedere partij te verplichten alle gegevens, welke haar bekend zijn, aan de rechter te verschaffen, heeft echter geen schijn van kans gehad en is tegelijk met het ontwerp herziening bewijsrecht van 1903, waartegen het was gericht, uit de belangstelling verdwenen (109). Wat betreft de waarheidsplicht geldt dat partijen niet gedwongen kunnen worden de waarheid te spreken. Strafrechtelijke sancties zijn niet voorzien. Over de wenselijkheid hiervan werd en wordt – ook internationaal (110) – sterk verschillend gedacht. Moltzer heeft er in Nederland voor gepleit, maar hij is met succes bestreden door Hamaker (111), die daarin is bijgevalen door Star Busmann (112) in diens preadvies voor de NJV van 1915. Star Busmann achtte de beste garantie voor het aan de dag brengen van de waarheid gelegen in een mondelinge behandeling. Wat hiervan zij: ook de sancties op onwaarheid bestaan uitsluitend hierin (113) dat de rechter deze houding van de partij in haar nadeel zal en kan uitleggen.

30. Langer is gedebatteerd over de wenselijkheid van slechting van de tweede hindernis voor de rechter om buiten de door partijen bepaalde opzet en omvang van de rechtsstrijd de materiële waarheid te achterhalen, te weten het verbod aan de rechter om zelf een onderzoek in te stellen of om zelf gegevens

(108) J. P. Moltzer, Van bewijs in het algemeen en van schriftelijk bewijs, 1904.

(109) Over de geschiedenis hiervan Asser-Anema, Van bewijs, 1912, p. 11 e.v.

(110) Vergelijk onder meer het rechtsvergelijkende overzicht bij A. Kohl, *Procès civil et sincérité*, 1971; zie ook J. Vriesendorp, 1981 (noot 101), p. 100 e.v. en het preadvies van Meijknecht en Wedekind, 1982 (noot 100) over Duitsland.

(111) H. J. Hamaker, Beschouwingen over bewijsrecht, 1906.

(112) C. W. Star Busmann, Moet aan procedeerende partijen de plicht zijn opgelegd om den rechter omtrent de feiten in te lichten?, preadvies NJV 1915.

(113) Denk echter ook aan request-civil (art. 382 Rv.), arbitrage (art. 649 Rv.) en aan een vordering tot schadevergoeding.

te verzamelen. Het verbaast niet dat ook hiertegen Moltzer gefulmineerd heeft. Hamaker, op andere onderdelen zijn contrahent, heeft hem gesteund, zij het tevergeefs. In 1951 is de kwestie opnieuw aan de orde gesteld door Haardt in zijn preadvies voor de NJV. Anderen hebben zich bij hem aangesloten, maar het thans aanhangige Ontwerp Nieuw Bewijsrecht neemt een afwijzend standpunt in. Ik citeer het Voorlopig Verslag op p. 2:

De Commissie gaat . . . niet zo ver dat zij de rechter bevoegd acht geheel zelfstandig, door het inwinnen van informatie bij derden, gegevens te verzamelen en vervolgens deze gegevens buiten partijen om te gebruiken. Zij acht hem zelfs niet bevoegd om op de zoëven omschreven wijze, zelfstandig gegevens te verzamelen, deze gegevens aan partijen voor te leggen en, na het horen van hun commentaar, er gebruik van te maken, zulks nog te minder wanneer beide partijen dat eenparig zouden afwijzen. Hier dient dus de rechter volledig lijdelijk te blijven en op geen enkele wijze zelfstandig op te treden.

De memorie van antwoord onderschrijft dit standpunt met het argument dat anders het principe van de autonomie van partijen te zeer zou worden doorbroken. Zelfs het ambtshalve inlichtingen vragen bij overheidsinstanties, bijvoorbeeld processen-verbaal van politie, is in *civilibus* (114) uitgesloten. Alleen de Hoge Raad kan krachtens art. 107 RO bij Hoven, Rechtbanken en Kantongerechten berichten en informatie over bij hem aanhangige zaken inwinnen.

31. Het voorgaande houdt de redenen in voor mijn standpunt dat bij het bepalen van de feitelijke grondslag van het geschil uiteindelijk aan partijen een grotere invloed toekomt dan aan de rechter. Ik heb gesteld dat voor de bewijslevering het omgekeerde geldt. Daarover het volgende, waarbij ik er aan herinner dat een bewijslevering slechts het betwiste deel van de feitelijke grondslag kan betreffen. De rechter kan ten aanzien van dat betwiste deel *ambtshalve* bewijs gelasten. Verplicht is hij daartoe geenszins. Het staat hem vrij zich voldoende voorgelicht te achten. In cassatie kan daarover niet met succes worden geklaagd (115). Zelfs een motiveringsplicht ontbreekt. Zoveel vrijheid en beslissingsmacht heeft de rechter niet als het initiatief tot de bewijslevering van partijen uitgaat, althans niet met betrekking tot schriftelijk bewijs en getuigenbewijs. Wel voor alle andere bewijsmiddelen: de

(114) Anders in het administratieve procesrecht. Zie kortheidshalve het rapport van de werkgroep Harmonisatie administratief procesrecht, Trema, 1983.

(115) Recent voorbeeld HR 17 mei 1985, R.v.d.W. 1985, 102.

rechter moet over toelating beslissen, maar kan alle daarop gerichte verzoeken zonder meer naast zich neerleggen. Schriftelijk bewijs kunnen partijen gedurende de gehele procedure eigener beweging in het geding brengen. Toestemming van de rechter is niet nodig. De rechter toetst, naast de rechtmatigheid en de geldigheid, alleen aan het beginsel van fair play en van hoor en wederhoor. Op deze grond kan hij bijvoorbeeld op het laatste moment ingebrachte bewijstukken, waar de wederpartij niet meer tijdig op heeft kunnen reageren, buiten beschouwing laten. Anders wordt het wanneer in de procedure schriftelijk bewijs wordt aangeboden, maar nog niet wordt ingebracht of de ene partij van de andere vordert bepaalde stukken in het geding te brengen en daaraan vrijwillig geen gevolg wordt gegeven. In beide gevallen staat het de rechter vrij er al dan niet op in te gaan. De partij heeft er geen invloed op, ook niet door middel van appèl of cassatie.

Voor getuigenbewijs is, net als voor alle andere bewijsmiddelen met uitzondering van schriftelijk bewijs totdat de procedure in staat van wijzen is, altijd toestemming van de rechter nodig. Het verschil met de andere bewijsmiddelen is dat de rechter een aanbod van een partij tot getuigenbewijs niet altijd en in ieder geval nooit ongemotiveerd kan passeren. Hij is verplicht er zich over uit te laten en hij is ook verplicht het onder bepaalde voorwaarden toe te staan. Die voorwaarden zijn dat het bewijsaanbod serieus is bedoeld, niet te vaag is, terzake dienende is – dit wil zeggen betrekking heeft op de betwiste feiten –, kan bijdragen tot de beslissing van het geschil, terwijl bovendien op de betrokkene de bewijslast moet rusten, want onder dat voorbehoud zal het aanbod zijn gedaan. In zoverre is de rechter ten aanzien van het getuigenbewijs derhalve minder autonoom. Anderzijds is hij het die het bewijsthema formuleert en heeft hij, wanneer een getuigenverhoor wordt gehouden, de leiding. Een getuigenverhoor vindt, anders dan bijvoorbeeld in Engeland, niet voor, maar door hem plaats. Hij stelt de vragen. Partijen die vragen willen stellen, kunnen dat slechts via hem en met zijn instemming doen (art. 109 Rv.), al is de praktijk en aansluitend daaraan het nieuw voorgestelde recht (art. 201 Rv.), minder formeel.

Mede in aanmerking genomen de aan de rechter toekomende vrijheid bij de bewijswaardering (116), meen ik dat ondanks een zekere beperking ten aanzien van vooral het getuigenbewijs, in Nederland bij de bewijslevering het zwaartepunt op de rechter en niet op partijen is gelegd.

32. Met deze schets van de taakverdeling tussen rechter en partijen ten aan-

(116) Niet onbeperkt als gevolg van het bestaan van allerlei bewijsregels en ook nooit ongemotiveerd.

zien van de feitelijke grondslag van het geschil en het bewijs kan het aan de erkenning van een verschoningsrecht verbonden nadeel voor de waarheidsvinding in het proces precieser worden omschreven. Er is geen garantie dat in een procedure de relevante feiten en omstandigheden juist en volledig komen vast te staan. Evenmin is er een garantie dat alle van belang zijnde stukken in het geding worden gebracht. Daarvoor bestaan er teveel hindernissen, procesrechtelijke en ook bewijsrechtelijke. De eerste heb ik al genoemd. Voorbeelden van de tweede zijn het bewijsrisico, de bewijslastverdeling en beperkende bewijsregels als een getuige, geen getuige en de leer van het dwingend bewijs (117). In het midden kan blijven of deze hindernissen zo ver gaan dat gezegd moet worden dat een civiele procedure niet eens op het achterhalen van 'de' waarheid is gericht. Ik volsta met de constatering dat voorzover sprake is van waarheid, dit altijd een proces- en bewijsrechtelijk bepaalde waarheid is. Ik ontken niet dat mede ten gevolge van de activiteiten van de rechter, sprake kan zijn van overeenstemming tussen, kort gezegd, materiële en processuele waarheid. Zeker binnen de door partijen getrokken grenzen van het geschil, kan, praktisch gezien (118), een dergelijke overeenstemming even vaak wel als niet aanwezig zijn. Het (principiële) probleem is echter dat in een procedure dit niet overwogen, laat staan vastgesteld kan worden. Zelfs al zou de rechter het willen, ontbreken hem daartoe de mogelijkheden. Om dat gegeven kan ik niet heen (119). Het is het gevolg van een taakverdeling tussen partijen en rechter die, hoe men het wendt of keert, de inrichting van het civiele geding in Nederland bepaalt, althans in de soort procedure dat ik hier op het oog heb.

33. Hoe zwaar weegt, gelet op dit alles, de inbreuk die het verschoningsrecht vormt op de waarheidsvinding in het proces? De te beoordelen situatie in Nederland verschilt grondig van die in de Angelsaksische landen. Daar worden alleen de voordelen van een erkenning wel eens onduidelijk genoemd – die

(117) Onder meer Pitlo-Hidma, *Bewijs en verjaring*, 1980⁶, p. 23 e.v.; Veegens-Wiersma, 1973 (noot 106), p. 35 e.v.

(118) Er van afgezien dat feiten en omstandigheden, zijnde aspecten van gebeurtenissen, los van deze samenhang nooit aanspraak op waarheid kunnen maken, maar op dit filosofisch-kennistheoretisch vraagstuk ga ik hier niet in. Evenmin op een andere kwestie, namelijk dat de werkelijkheid geen eenduidige is, abstract filosofisch niet, maar evenmin in het concrete geval voor betrokkenen.

(119) Gerbrandy in zijn fraaie preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte des Rechts over 'Het waarheidsprobleem in het procesrecht', 1961, legt de grens daar waar onvolledigheid leidt tot onrechtvaardige vonnissen. Wanneer daarvan sprake is, is echter niet eenvoudig aan te geven.

zouden 'indirect and speculative' (Wigmore) zijn – , niet het nadeel: 'its obstruction to the investigation of the truth is plain and concrete' (120). Gemeten aan de documentatieplicht en aan de mogelijkheid partijen als getuige te dwingen de waarheid te spreken, is de inbreuk een zwaarwegende. Om dat te kunnen vaststellen is geen diepgaand nader onderzoek nodig.

Voor Nederland dient onderscheiden te worden tussen enerzijds het vaststellen van de feitelijke grondslag van het geschil en met name het schriftelijk bewijs en anderzijds het getuigenbewijs (121). De bestaande wettelijke regeling heeft alleen op het laatste en daarmee tot nu toe alleen op *derden* betrekking. De positie van *partijen* in relatie tot het verschoningsrecht is niet geregeld. Dat roept in drie soorten van gevallen problemen op. In de eerste plaats wanneer de cliënt van de beroepsbeoefenaar in een procedure is betrokken en van hem verlangd wordt informatie te verschaffen of documenten te produceren die, zouden ze aan de beroepsbeoefenaar worden gevraagd, onder het verschoningsrecht zouden zijn begrepen. Mag de cliënt dan ook weigeren zonder dat daaraan voor hem nadelige gevolgen worden verbonden? Of moet de beroepsbeoefenaar eerst in een aparte procedure een verbod uitlokken jegens zijn cliënt? Is dat wellicht de enige manier om nadeel voor zijn cliënt te vermijden of om te verhinderen dat deze onder de druk bezwijkt? Een tweede categorie van gevallen betreft die waarin de beroepsbeoefenaar zelf door zijn (voormalige) cliënt of door een derde wordt aangesproken tot afgifte van of inzage in schriftelijke stukken teneinde deze in een andere procedure of voor andere doeleinden te gebruiken. Strekt een verschoningsrecht zich ook hier toe uit? Interessant in dit verband is de casuspositie inzake *Campbell vs. Tameside Metropolitan Borough Council* ([1982] 2 All ER 791). Mevrouw Campbell, een wat oudere onderwijzeres, was aangevallen door een van haar leerlingen, een jongen van 11 jaar. Zij werd daarbij zo zwaar gewond dat zij uiteindelijk blijvend arbeidsongeschikt werd verklaard. Haar schade probeerde zij te verhalen op de school, onder meer stellende dat het de school bekend was dat de jongen sedert enige tijd onder behandeling was bij een psychiater wegens agressief gedrag, maar had nagelaten voorzorgsmaatregelen te treffen of haar te waarschuwen. Kan, aannemende dat aan een psychiater een verschoningsrecht toekomt, in een dergelijk geval van de school worden verlangd inzicht te verstrekken in haar contacten met de psychiater? Kan van

(120) Wigmore, 1961 (noot 55), par. 2291 i.f.

(121) Ik onderscheid vooralsnog niet tussen de soort procedure, met name niet tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures (noot 99). Eveneens laat ik andere bewijsmiddelen buiten beschouwing, maar daarvoor geldt hetzelfde als ten aanzien van schriftelijk bewijs.

de psychiater – in een aparte procedure, want een derde kan in het algemeen niet gedwongen worden geschriften in te brengen in tussen anderen aanhangige gedingen (122), zoals hij ook nooit, tenzij als getuige, kan worden verplicht inlichtingen te geven – worden verlangd de correspondentie of een andere uitwisseling van stukken met de school af te staan of ter inzage te geven? Tenslotte is te onderscheiden de categorie gevallen waarin de beroepsbeoefenaar zelf aansprakelijk wordt gesteld. Bijvoorbeeld een advocaat door zijn cliënt wegens een beweerd beroepsfout of door een derde wegens een namens zijn cliënt gedane, maar door deze ontkende toezegging. Mag de advocaat vertrouwelijke brieven van en aan zijn cliënt produceren of mededelingen doen over hun vertrouwelijke gesprekken? Of mag/moet hij zwijgen zonder dat aan dit zwijgen nadelige consequenties worden verbonden?

In al deze gevallen is de kwestie van het verschoningsrecht aan de orde ten aanzien van de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs en daarmee alleen voor partijen. Voor derden geldt immers dat deze zonder verschoningsrecht slechts verplicht kunnen worden afschriften van of inzage in documenten te verstrekken, wanneer degene die dat vordert hetzij een medegerechtigde, hetzij een onmiddellijk belanghebbende is (123), hetzij anderszins een titel kan aanwijzen, bijvoorbeeld als cliënt ten opzichte van zijn dossier (124). Daarvan is niet vaak sprake. Is de derde een verschoningsgerechtigde en strekt het verschoningsrecht zich ook uit tot afgifte en inzage van documenten – wat naar mijn overtuiging niet meer is dan het doortrekken van de lijn die met de erkenning van een verschoningsrecht op zichzelf is uitgezet –, dan komt hierin in zoverre verandering dat afgewogen moet worden welk recht het zwaarste weegt. Het toch al geringe aantal keren dat een derde tot afgifte of inzage wordt veroordeeld, kan daardoor nog verder worden beperkt.

Wat betreft de positie van partijen: zonder verschoningsrecht is, als gezegd,

(122) Ook de rechter kan dat niet. Hij mag het wel proberen, maar verplicht is hij daartoe niet, ook niet op verzoek van partijen: HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 120; HR 31 januari 1975, NJ 1976, 146; HR 25 mei 1984, NJ 1984, 737.

(123) Zie bijvoorbeeld wat het eerste betreft HR 1 februari 1985, NJ 1985, 466 en over het tweede HR 8 januari 1982, NJ 1982, 423 betreffende de afgifte van een (kopie van een) herroepen testament.

(124) Vergelijk voor het recht op inzage van het dossier door cliënten: Rb. Haarlem, 11 december 1984, KG 1985, 16; P.J.M. van Wersch, Het inzagerecht van de patiënt en zijn rechtsbijstandverlener in zijn medisch dossier, *Advocatenblad* 1985, p. 235 e.v.; P. Hendriks en Th. Schelfhout, Doorbreking van de medische muur in ziektewet- en WAO/AAW-procedures, *Advocatenblad* 1985, p. 53 e.v. In een recente nota van de KNMG is blijkens een bericht in de NRC van 20 juli 1985 opgenomen dat de arts het recht moet hebben inzage te weigeren.

de rechter in het algemeen niet verplicht bij partijen gegevens of documenten op te vragen, ook niet op verzoek van de andere partij. De rechter heeft een grote discretionaire bevoegdheid. Aangenomen mag worden dat zijn houding in deze vooral bepaald wordt door de te verwachten relevantie van het materiaal. Met de uitbreiding ook in dit opzicht van het verschoningsrecht tot de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs, is de rechter deze beslissingsvrijheid kwijt: ook relevant materiaal blijft buiten de procedure. Dient zo'n uitbreiding te worden aanvaard? In het geval dat de partij cliënt is of was van de verschoningsgerechtigde naar mijn mening wel. Het verschoningsrecht van de beroepsbeoefenaar heeft geen zin als wat aan hem niet kan woren gevraagd, wel door zijn (voormalige) cliënt zou moeten worden prijsgegeven. Minder vanzelfsprekend is dit wanneer de verschoningsgerechtigde zelf de partij in de procedure is die door zijn cliënt of een derde wordt aangesproken. De verschoningsgerechtigde zou, wanneer hij zou moeten of mogen zwijgen, gemaakte fouten verborgen kunnen blijven houden, maar evenzeer gedwongen kunnen zijn aansprakelijkheid te aanvaarden voor niet gemaakte fouten. Met betrekking tot het getuigenbewijs heeft zich iets dergelijks voorgedaan in de Happy Family-zaak: de fiscus die geprobeerd heeft iemand om te kopen dan wel als tipgever heeft proberen te interesseren, beroept zich, als getuige gedagvaard, op een verschoningsrecht. Terecht is dat beroep niet gehonoreerd (125). Er zijn echter ook situaties denkbaar waarin de beslissing minder evident is. In het bijzonder zullen dat gevallen zijn, waarin een derde de verschoningsgerechtigde aanspreekt. Dan spelen ook de belangen van de cliënt een rol en die kunnen tot geheimhouding nopen.

In welke mate de uitbreiding van het verschoningsrecht tot ook de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs nadelig is voor de waarheidsvinding in het proces, kan, ook afgezien van wie de partijen in het geding zijn, van geval tot geval verschillen. Het hangt af van de gevraagde informatie, het reeds aanwezige materiaal, de mogelijkheid gegevens van elders te krijgen en zo meer. In het genoemde voorbeeld van de advocaat kan een enkele brief al voldoende zijn, maar mogelijk is evenzeer dat zo'n brief slechts een miniem onderdeel van de zaak vormt.

In algemene zin kan over het nadeel dat voortvloeit uit de erkenning van een verschoningsrecht voor het vaststellen van de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs, het volgende worden gezegd:

a. Gaat het om niet-relevante informatie dan is het nadeel nihil omdat de

(125) Ontleend aan krantenberichten in de periode van juni tot juli 1985.

rechter ook zonder verschoningsrecht er niet om zou vragen of betekenis aan zou hechten.

b. Gaat het daarentegen om relevant materiaal, dan betekent de erkenning van een verschoningsrecht, voorzover het de partijen betreft, dat binnen de door hen getrokken grenzen van het geschil één partij eenzijdig (126) gegevens of documenten mag achterhouden. Zonder verschoningsrecht mag dit alleen met instemming van beide partijen of wanneer de rechter er aan voorbijgaat. De erkenning van een verschoningsrecht verstoort derhalve de gelijkheid van partijen. Ontegenzeggelijk wordt daardoor de kwaliteit van de rechtspraak nadelig beïnvloed, met name voor de wederpartij. Maar, zo kan men zich afvragen, is er zoveel verschil met het geval waarin de ene partij eenzijdig relevante gegevens of documenten achterhoudt en dat kan doen, omdat de andere partij er geen weet van heeft? Ik betwijfel dat. Ik zou het ontbreken van een medewerkings-, inlichtingen- en documentatieplicht van partijen willen beschouwen als een potentiële inbreuk op de waarheidsvinding in het proces van gelijke orde als het verschoningsrecht, waarbij het eerste zich verhoudingsgewijs wel eens vaker zou kunnen voordoen dan het laatste. Ik geef toe: ik kan het niet bewijzen, zoals ook het omgekeerde niet bewezen kan worden, maar mijn (in tijd beperkte) ervaring als advocaat en rechter zegt mij dat een advocaat van een zaak meestal veel meer weet dan de rechter, binnen het raam van zijn mogelijkheden, ooit zal kunnen achterhalen. Het zijn niet altijd de meest schokkende feiten en omstandigheden die verborgen blijven, maar wel feiten en omstandigheden die van belang zijn voor het perspectief van de zaak, de kleuring. Ook daarop worden zaken gewonnen of verloren. Dit betekent niet dat ik dus van mening ben dat een verschoningsrecht meer of minder er niet toe doet – het tegendeel zal blijken uit het vervolg – , maar slechts dat wanneer men spreekt over het nadeel dat een verschoningsrecht inhoudt voor een goede rechtsbedeling, dit tegen de achtergrond moet worden geplaatst van de structuur van het civiele procesrecht, die in dit opzicht meer hindernissen bevat.

34. Het nadeel van de erkenning van een verschoningsrecht voor de waarheidsvinding in het proces is in de verhouding tot het getuigenbewijs evident. Dat komt natuurlijk vooral door de op de getuige op straffe van zware sancties gelegde plicht om te getuigen en om de waarheid te spreken. Desgewenst kan één partij deze plicht in het leven roepen door een aanbod tot getuigenbewijs te doen, waar de rechter niet aan voorbij kan gaan. Het getui-

(126) De bevoegdheid van de rechter in zo'n geval betreft alleen de vraag – als die al tussen partijen in geschil is – of een verschoningsrecht bestaat.

genbewijs legt derhalve een vergaande en vrij snel door een verzoek van een van de partijen te realiseren plicht op derden om onder ede verklaringen af te leggen in een tussen anderen gevoerde procedure. In deze zin is de derde tot meer gehouden dan partijen zelf. Het is tegelijk ook bijna de enige plicht in het procesrecht die op derden rust. Hierop maakt het verschoningsrecht inbreuk. Aldus tast het minstgenomen de *mogelijkheid* aan om recht te doen op basis van een volledig en juist inzicht in datgene wat partijen verdeeld houdt. Dit verandert niet wanneer men met mij van oordeel is dat uiteindelijk in een procedure die volledigheid en/of juistheid niet kan worden *vastgesteld*. Of en, zo ja, in welke mate een verschoningsrecht daadwerkelijk de waarheidsvinding in een proces aantast, is moeilijk in het algemeen te zeggen. Het hangt af zowel van de waarheidsliefde van de getuigen, waarover nadere gegevens ontbreken, als van andere omstandigheden, die – en dat is al eerder opgemerkt – van geval tot geval sterk kunnen wisselen.

De belangrijkste conclusie uit het voorgaande is dat 'het nadeel voor de waarheidsvinding', verbonden aan de erkenning van een verschoningsrecht, niet zo'n algemeen en eenduidig begrip is als meestal wordt geponeerd. Er moet onderscheiden worden tussen enerzijds de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs en anderzijds het getuigenbewijs en dan nog is de preciese omvang en ernst van het nadeel alleen in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval te bepalen. Kort samengevat gaat het om de positie van de partij – ongeacht of deze de verschoningsgerechtigde zelf dan wel diens cliënt is – ten aanzien van het verstrekken van inlichtingen en het produceren van documenten, alsmede om de positie van de derde-verschoningsgerechtigde. Bij deze laatste betreft het zowel het afgeven en laten inzien van schriftelijke stukken als – en dit met name – het afleggen van getuigenverklaringen. De toelating van de partij als getuige, zoals het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht voorstelt (127), voegt hier nog als verdere differentiatie aan toe de positie van partijen ten aanzien van de getuigplicht, waarbij onder partij wederom de verschoningsgerechtigde en diens cliënt moet worden begrepen, omdat anders op dezelfde wijze als hierboven uiteengezet, de situatie kan ontstaan dat wat de een geheim mag houden, de ander zal moeten openbaren. Een specifiek probleem in dit verband vormt het al eerder genoemde geval (128) dat de contacten met de verschoningsgerechtigde zijn onderhouden door personeelsleden of vertegenwoordigers van de partij. Die-

(127) Niet in alle opzichten staat hij gelijk met andere getuigen: geen volledige bewijskracht (art. 207 Ontwerp), geen gijzeling als hij weigert te spreken (art. 195 lid 2 Ontwerp). Zie ook art. 196 lid 2 en art. 201 Ontwerp.

(128) Zie hierboven nr. 9 en 21.

nen zij zich op dezelfde voet als de verschoningsgerechtigde – en in mijn optiek op dezelfde voet als de partij – te kunnen verschonen van het afleggen van getuigenverklaringen? Een ander probleem is het in Engeland zo genoemde privilege against self-incrimination. Art. 188 lid 4 van het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht bevat hieromtrent, voor het eerst in het Nederlandse civiele recht (128a), een voorziening: degene die zichzelf of een van zijn bloed- of aanverwanten in de rechte lijn of in de zijlijn in de tweede of derde graad of zijn echtgenoot of vroegere echtgenoot aan het gevaar van een *strafrechtelijke* veroordeling zou blootstellen, kan zich van de beantwoording van een gestelde vraag verschonen. De Commissie van Justitie van de Tweede Kamer is in meerderheid tegen, hoewel soortgelijke bepalingen al gelden in het strafproces en in verschillende administratiefrechtelijke procedures (129). In het GO wordt de beperking aangebracht tot ‘gevaar voor een strafrechtelijke veroordeling terzake van misdrijf’. In welke vorm ook, bij aanvaarding van de partij als getuige rijst de vraag of ook dit verschoningsrecht zich niet moet uitstrekken tot de partij in het kader van het vaststellen van de feitelijke grondslag van het geschil en het schriftelijk bewijs.

Al met al brengt de toelating van de partij als getuige, die gedwongen kan worden de waarheid te spreken, aanzienlijke veranderingen teweeg. Of deze veranderingen zover gaan dat net als in Engeland het verschoningsrecht niet langer aan de beroepsbeoefenaar, maar aan de cliënt dient toe te komen, is de vraag die ik bewaar tot Hoofdstuk III.

2.4. Materieelrechtelijke belangen

35. Tegenover het belang van een goede, op waarheid berustende rechtspleging staan andere belangen. Deze krijgen in de literatuur en jurisprudentie de meeste aandacht. Het rechtsbedelingsaspect wordt veelal als een vast gegeven beschouwd, ook qua inhoud en betekenis. Het gevolg is dat de aantasting van dit belang door het verschoningsrecht in nogal absolute termen wordt verwoord. Zoals ik in de vorige paragraaf heb uiteengezet, is dit naar mijn mening niet terecht.

Als materieelrechtelijk belang bij uitstek is van oudsher de hulpverlening aangemerkt. Mevrouw Hazewinkel-Suringa omschreef dit belang aldus: ‘Het verschoningsrecht onderstelt, dat mensen door geestelijke, lichamelijke

(128a) In welke behoefte het voorgestelde art. 188 lid 4 voorziet, kan in genen dele feitelijk worden gestaafd (memorie van antwoord, p. 25). Ook hier manifesteert zich het gebrek aan door empirisch onderzoek verkregen gegevens.

(129) Zie onder meer art. 219 jo. 284 Sv. en art. 29 Ambtenarenwet.

of sociale moeilijkheden genoodzaakt zijn tot het zoeken van hulp bij hen, die door de gemeenschap als de daartoe competente deskundigen worden erkend; hulp die alleen bij algehele openhartigheid en eerlijke overgave kan worden verleend, welke op haar beurt de garantie van algeheel zwijgen van de helpers vordert' (130). Degenen die hulp nodig hebben, moeten zich vrijelijk kunnen uiten in het vertrouwen dat het zegel der geheimhouding door de wet niet zal worden doorbroken. Alleen op die manier kan voorkomen worden dat – in strijd met het algemeen belang – het invoeren van hulp in gevallen dat daaraan behoefte bestaat, uit vrees voor openbaarmaking achterwege blijft.

Het gaat in deze benaderingswijze niet om hulpverlening en vertrouwelijkheid op zichzelf. Dat zou ook moeilijk kunnen, want het aantal en de diversiteit van, ook beroepsmatige, hulpverleningsrelaties, waarbij vertrouwelijkheid vaak onontbeerlijk of zelfs onvermijdelijk is, is legio. Hulpverlening en vertrouwelijkheid moeten veeleer worden gezien als voorwaarden van het behoorlijk kunnen vervullen van de taak, terwijl een behoorlijke taakvervulling maatschappelijk zeer gewenst wordt geoordeeld. Dat zijn de elementen die zo zwaarwegend kunnen zijn dat het belang van de waarheidsvinding er voor moet wijken.

36. Naast deze 'klassieke' grondslag van het verschoningsrecht, tekent zich in de jurisprudentie en in het voetspoor daarvan ook in de literatuur een tweede grondslag af. Het gaat daarbij om zwaarwegende andere dan hulpverleningsbelangen. Ze zijn niet onder een noemer te vangen, omdat ze voor iedere functie verschillend zijn. Ik noem een paar uitspraken, waarin de kwestie heeft gespeeld of kan gaan spelen.

In de bekende zaak van Hoogendijk – Van der Lek (131) betreffende een perspublicatie waarin Van der Lek er van werd beschuldigd KGB-agent te zijn (geweest), oordeelt de Hoge Raad dat het beroep van journalist niet op een lijn gesteld kan worden met dat van de arts, geestelijke, advocaat en notaris, omdat bij de journalist de individuele hulpverlening niet voorop staat. Desondanks wordt daarmee het beroep op een verschoningsrecht niet als afgedaan beschouwd. De Hoge Raad onderzoekt ook nog of andere belangen wellicht een verschoningsrecht kunnen rechtvaardigen, meer in het bijzonder het belang van de vrije nieuwsgaring. De taak van de pers in een demo-

(130) Hazewinkel-Suringa, Recente beroepsgeheimperikelen, T.v.S., 1966, geciteerd in de conclusie van AG Leijten voor HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 (registeraccountant – strafkamer).

(131) HR 11 november 1977, NJ 1978, 399.

cratische samenleving bestaat er onder meer in gebeurtenissen en ontwikkelingen kritisch te volgen en zo nodig als misstand aan de kaak te stellen. Daarvoor moeten alle bronnen, ook geheime, aanbeoordeld kunnen worden. Wanneer daarbij geheimhouding als beginsel niet verzekerd is, zullen de bronnen snel opdagen en is een behoorlijke taakvervulling van de pers in gevaar. De Hoge Raad ontkent niet dat dit gevaar zich in bepaalde gevallen voordoet, maar hecht in zijn oordeelvorming bijzondere betekenis aan de omstandigheid dat de journalist vaak de enige is die de waarheid aan het licht kan brengen. De konsekwentie van aanvaarding van een verschoningsrecht zou dan zijn dat de rechtsbescherming tegen onrechtmatige perspublicaties praktisch vrijwel illusoir wordt. Die konsekwentie gaat de Hoge Raad, behoudens bijzondere omstandigheden, terecht te ver.

Ook in de beschikking van 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 inzake de registeraccountant (strafkamer) onderzoekt de Hoge Raad een eventuele andere grondslag van het verschoningsrecht. Ik laat de belangrijkste overwegingen vanwege hun in meerdere opzichten illustratieve betekenis hier letterlijk volgen. Ik wijs er daarbij op dat deze overwegingen naderhand door de civiele kamer van de Hoge Raad (131a) met betrekking tot art. 1946 BW geheel zijn onderschreven. Waar derhalve sprake is van strafrecht kan mede gelezen worden civielrecht.

5.5. Art. 218 Sv. heeft het oog op personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts dan naar behoren kunnen vervullen indien zij zich ook tegenover de strafrechter kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hun zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die – in strijd met het algemeen belang – hun geen hulp zouden vragen indien niet de zekerheid zou bestaan dat de even bedoelde geheimen ook tegenover de strafrechter worden bewaard.

5.6. De registeraccountant wiens functies primair controlerend zijn, zoals in par. 2 van de memorie van toelichting tot de Wet (op de Registeraccountants, 1962) wordt opgemerkt, kan niet worden gerekend tot de onder 5.5 bedoelde hulpverleners. Belanghebbenden bij de goede vervulling van die controlerende functie zijn, volgens diezelfde memorie van toelichting, in het bijzonder drie categorieën. Genoemd worden *a.* groepen, die door middel van kapitaal- en geldmarkt belanghebbenden zijn, zoals aandeelhouders, obligatie- en pandbriefhouders, . . ., banken, spaarders enz., *b.* de overheid en *c.* bestuurders van ondernemingen, instellingen en diensten van allerlei aard. Voorts kan worden gedacht aan werknemers en in het bijzonder de ondernemingsraad.

(131a) HR 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 125.

5.7. Van erkenning van een verschoningsrecht van de registeraccountant tegenover de strafrechter zou, nu deze niet behoort tot de onder 5.5 bedoelde personen, sprake kunnen zijn indien de belangen van de evenbedoelde categorieën van belanghebbenden niet naar behoren zouden kunnen worden gediend indien de registeraccountant tegenover de strafrechter bedoeld recht niet zou kunnen laten gelden, en bovendien wel de met die belangen samenhangende geheimhoudingsplicht zwaarder zou moeten wegen dan het aanzienlijke belang van een goede strafrechtspleging in gevallen, waarin de daarvoor noodzakelijke waarheidsvinding mede afhankelijk is van de getuigenis van de registeraccountants.

5.8. De verscheidenheid in belangen van de onder 5.6 genoemde categorieën in aanmerking genomen kan bezwaarlijk in zijn algemeenheid worden gezegd dat het in het belang van deze categorieën zou zijn wanneer de registeraccountant feiten en omstandigheden welke bij de uitoefening van zijn controlefunctie te zijner kennis zijn gekomen tegenover de rechter niet zou behoeven te openbaren wanneer hij als getuige wordt gehoord. Veeleer brengt die verscheidenheid mee dat hetgeen hem bekend wordt in het kader van zijn controle niet kan worden ontbeerd bij het aan de dag brengen van de waarheid, het belang waarvan in het strafproces voorop staat.

5.9. Aan de hiervoren onder 5.7 bedoelde voorwaarden voor de erkenning van een verschoningsrecht als uitzondering op de algemene regel dat een getuige de volledige waarheid behoort te openbaren is derhalve niet voldaan.

37. In de zaak van het Hoofd van de Accountantsdienst van de Nederlandse Bank (132) zal zich de kwestie ook voordoen. Het Hof van Justitie heeft niet geoordeeld dat de in art. 12 Richtlijn van 1977 jo art. 46 Wet Toezicht Kredietwezen vervatte geheimhoudingsplicht ook een verschoningsrecht inhoudt. De Hoge Raad zal moeten beslissen aan de hand van art. 1946 BW. Zeker is dat de accountants van de Nederlandse Bank geen hulpverleners zijn. Zij zijn toezichthouders, maar waarschijnlijk ten behoeve van minder (uiteenlopende) groepen belanghebbenden dan de registeraccountants. Dat zou in dit geval de opening kunnen zijn naar een erkenning voor het eerst van een verschoningsrecht, waarbij het hulpverleningselement *niet* centraal staat. Ik wijs ook nog op de conclusie van de Advocaat-Generaal Remmelink voor HR 10 januari 1984, NJ 1984, 722 (de sociologisch onderzoeker). De Advocaat-Generaal maakt dezelfde onderscheiding tussen hulpverlening en andere belangen, in casu het belang van wetenschappelijk onderzoek. Hij acht dit echter, zij het met grote aarzeling, niet zwaar genoeg om op te wegen tegen het belang van een goede rechtsbedeling. Hij kiest voor de praktische

(132) HR 13 april 1984, R.v.d.W. 1984, 86. Zie noot 37.

en handzame oplossing van art. 288 Sv.: er dient op te worden vertrouwd dat bepaalde vragen ontoelaatbaar zullen worden verklaard. De Hoge Raad beslist zonder motivering dienovereenkomstig.

38. De toets voor de erkenning van een verschoningsrecht op deze tweede grondslag – andere belangen dan hulpverlening –, is ‘gebaseerd op een analyse van de functie van de (beroepsbeoefenaar) in de samenleving en een afweging van het maatschappelijk belang dat in verband met die functie gediend is met de toekenning van een verschoningsrecht, tegenover het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt’. Aldus de Hoge Raad in zijn arrest van 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 125 inzake de positie van de registeraccountant in civiele zaken. Deze toets verschilt in beginsel niet van die welke aangelegd wordt voor de erkenning van een verschoningsrecht op eerstgenoemde grondslag (de hulpverlening). Dit betekent dat in de visie van de Hoge Raad, afgezien van de hulpverlening, in beide gevallen dezelfde maatstaf gehanteerd moet worden. Ik ben het daarmee eens. De vraag is alleen hoe zwaar het verschil, gelegen in het element van hulpverlening, weegt of moet wegen. De omstandigheid dat tot op heden nog geen enkele positieve rechterlijke beslissing vermeld kan worden, die op de tweede grondslag berust, lijkt erop te wijzen dat in ieder geval in de rechtspraak niet spoedig wordt aanvaard dat andere belangen eenzelfde gewicht hebben als de hulpverlening. Ook in de literatuur neemt men dat niet altijd even spoedig aan. Verburg bijvoorbeeld houdt in zijn meest recente monografie (133) vast aan de in zijn dissertatie van 1975 neergelegde opvatting dat sprake moet zijn van een hulpverlenend en op basis van vertrouwelijke informatie functionerend beroep, zij het dat hij het begrip hulpverlening in de meest ruime zin wenst te verstaan.

Ik ben, met de Hoge Raad, geneigd om naast het belang van de hulpverlening ook andere belangen, zoals informatievergaring en -verspreiding, wetenschappelijk onderzoek, opsporen van fraude en de positie van de overheid of van instanties met overheidstaken, in de afweging voor de erkenning van een verschoningsrecht te betrekken. Die belangen kunnen materieel of immaterieel, persoonlijk of zakelijk, vermogensrechtelijk of niet-vermogensrechtelijk zijn. Maar daarmee is nog niet veel gezegd, want net zo min als hulpverlening (en vertrouwelijkheid), zijn de andere belangen *op zichzelf* voldoende om het belang van een goede rechtsbedeling te kunnen overtreffen. De beslissende maatstaf moet elders worden gezocht, meer in het bijzonder in de begeleidende factoren. Waar het om gaat is tweecërlei: èn dat zonder

(133) J. Verburg, 1985 (noot 8), p. 42 e.v. Zie ook p. 62, 65 en 67 e.v.

openheid en vertrouwelijkheid met de garantie van ook in rechte te handhaven geheimhouding, geen behoorlijke taakvervulling mogelijk is en dat een behoorlijke taakvervulling een maatschappelijk goed van de hoogste orde is. Wanneer is daarvan sprake? De meningen lopen sterk uiteen. Dat blijkt bijvoorbeeld al uit een vergelijking met andere landen, met name de Bondsrepubliek Duitsland, waar eenzelfde uitgangspunt leidt tot een veel omvangrijker lijst van verschoningsgerechtigden. Dat blijkt ook bij Wigmore. Wigmore is heel wat minder scheutig met de erkenning van privileges dan de meeste van degenen die zich op hem beroepen. De tendens tot toename van het aantal privileges was hem bijna een gruwel. In de Nederlandse rechtspraak en literatuur wordt in dit verband vaak verwezen naar de vrees dat bij het ontbreken van een verschoningsrecht de beroepsbeoefenaar in strijd met het algemeen belang minder geraadpleegd zal worden. Deze verwijzing mist echter onderscheidend vermogen. Wanneer en voor welke beroepsgroepen is het niet durven consulteren in strijd met het algemeen belang? Is het trouwens wel zo zeker dat het ontbreken van een verschoningsrecht potentiële cliënten van consultatie weerhoudt? De Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh bijvoorbeeld schrijft in haar conclusie voor HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 inzake de advocaat die besprekingen van zijn cliënt met derden bijwoont, dat wanneer de advocaat gedwongen zou worden daarover te getuigen, het 'niet uitgesloten (lijkt) dat sommige justitiabelen . . . in het vervolg bij een conflict niet meer een advocaat in de arm, maar het recht in eigen hand zullen nemen'. Deze verwachting klinkt, afgezien van het wat dramatische 'recht in eigen hand nemen', heel plausibel. Maar geldt dat ook nog wanneer men er het volgende bij betreft? Het door de Hoge Raad besliste geval betrof een poging om buiten proces een conflict tussen partijen (ten dele) te beslechten. Dat is een gebied dat zeker niet exclusief of zelfs maar hoofdzakelijk aan de advocatuur is voorbehouden. Blijkens rechtssociologisch onderzoek (134) is het aantal vormen van voorprocessuele conflictbeslechting in Nederland erg groot, mede als gevolg van een sterke stijging de laatste decennia. Hoe is dit te verklaren, gegeven dat de meeste van de betrokken hulpverleners, anders dan de advocaat, geen verschoningsrecht hebben, ook niet voorzover ze als procesvertegenwoordiger kunnen optreden? Kennelijk hecht degene die zich, laten wij zeggen, in een arbeidsgeschil laat

(134) Onder meer C. Schuyt, C. Groenendijk en B. Sloot, *De weg naar het recht*, 1976; E. Blankenburg, *Bevorderen rechtshelpers de groeiende neiging tot procederen of remmen zij deze juist af?*, in: *Deformalisering in de rechtspraktijk*, 1984, p. 110 e.v.; C. Schuyt e.a., *De hulpverlening van Instituten Sociale Raadslieden en Bureaus voor Rechtshulp in ontwikkeling*, 1984.

bijstaan door de Rechtskundige Dienst van zijn vakorganisatie er geen overwegend belang aan of de medewerkers van de Dienst een verschoningsrecht kan invoeren of niet. Zou dit ten aanzien van de advocaat wel het geval zijn? Een ander voorbeeld is de psycholoog, de psychotherapeut of de sociaal raadsman. Ik betwijfel zeer of het aantal cliënten echt zal toenemen en de aard van de gesprekken echt zal veranderen, wanneer psychologen, psychotherapeuten en sociaal raadslieden verschoningsgerechtigd zullen zijn.

39. Terug naar de vraag wanneer en onder welke voorwaarden het verlenen van hulp of het dienen van andere belangen van zodanig gewicht is dat het kan concurreren met het belang van een goede rechtsbedeling. Het zal duidelijk zijn dat hoe strenger de eisen zijn die in dit verband aan aard, inhoud en, vooral, aan het maatschappelijk belang van de functie worden gesteld, des te kleiner de groep verschoningsgerechtigden zal zijn. Welke gezichtspunten zijn doorslaggevend en hoe objectief zijn ze? Bij de bespreking veronderstel ik het bestaan van een geheimhoudingsplicht.

Een eerste en belangrijk gezichtspunt voor het bepalen van de 'maatschappelijke gepatenteerdheid' (Hazewinkel-Suringa) vormen de ten aanzien van het beroep bestaande *wettelijke regelingen*. In een enkel geval kan dat de wijze zijn waarop de plicht tot geheimhouding is geformuleerd. Art. 38 Deviezenbesluit 1945 bijvoorbeeld legde naar de uitleg van de Hoge Raad aan een douanerechercheur niet alleen een geheimhoudingsplicht op, maar verleende hem tevens een verschoningsrecht (135). Voor medewerkers van de Raden van Arbeid deed art. 72 van de Wet op de Rijksverzekeringsbank en de Raden van Arbeid hetzelfde (136). Of dat ook geldt voor art. 46 Wet Toezicht Kredietwezen moet, als gezegd, nog beslist worden. In feite gaat het in al deze gevallen om de verhouding van de bijzondere bepaling tot art. 1946 BW, met andere woorden om de vraag of de wetgever zelf op voorhand al de in aanmerking komende belangen heeft afgewogen. Slechts bij uitzondering is daarvan sprake.

De betekenis van een wettelijke regeling ligt dan ook meestal elders. In de eerste plaats hierin dat zij waarborgen bevat voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening en een organisatorisch kader, waarin die kwaliteit kan worden bewaakt (de institutionalisering). Deze waarborgen worden hetzij rechtstreeks in de wet opgenomen, hetzij (mede) als opdracht aan de beroepsorganisatie geformuleerd. Het gaat om toelatingseisen en eisen van be-

(135) HR 26 juni 1953, NJ 1953, 562.

(136) HR 29 november 1949, NJ 1950, 664 (strafkamer).

kwaamheid met als sluitstuk een (verplichte) tuchtrechtelijke controle (137). De betekenis hiervan als voorwaarde voor de erkenning van een verschoningsrecht is groeiende. In de preadviezen voor de NJV van 1905 wordt er weinig of niets over gezegd. Preadviseur Tak constateerde (138) dat de verantwoordelijkheid voor toevertrouwde geheimen diep wordt gevoeld en met waarde wordt gedragen. Dat was voor hem voldoende. Waarschijnlijk drukte deze houding het gangbare gevoelen uit. De nadruk lag goeddeels op de vertrouwelijkheid van de beroepen van in het bijzonder geestelijke, arts, advocaat en notaris en op de hoge zedelijke normen die aan dezen werden en (kennelijk) konden worden gesteld. Ook in de preadviezen van 1931 en 1957 over de advocaat, van 1934 over de notaris en van 1961 voor het Thijmgenootschap (139) wordt weinig tot niets gezegd over kwaliteitseisen en een institutioneel kader. Van Oven heeft dat in diverse publicaties ten aanzien van de journalist voor het eerst wel gedaan (140). Sporen daarvan zijn terug te vinden in de Lunshof-zaak van 1948 (141), in de Nota van Minister Donker uit 1953 over dit onderwerp (142) en ook in de zaak Hoogendijk-Van der Lek van 1977. Opvallend in dit rijtje is de negatieve stellingname van Koopmans in diens preadvies van 1978 (143). Hij zou geen enkele instantie de weging van het morele gehalte van journalisten durven toevertrouwen en meer in het algemeen acht hij reglementering van de toegang tot de journalistenstand in strijd met een vrije pers. Dat zijn soortgelijke bezwaren als die welke het in 1949 verschenen ontwerp van wet op de journalistieke verantwoordelijkheid in de kiem hebben gesmoord (144). Wel stelt Koopmans nog vast dat waar in andere landen enige vorm van verschoningsrecht voor journalisten is erkend, de wetgever er de hand in heeft gehad. Maar dat is dan een meer rechtstreekse vorm dan ik hier op het oog heb.

(137) Voor een specificatie, hierna in nr. 40.

(138) Op p. 57 e.v. van zijn preadvies onder het hoofdje: Eigen beschouwingen.

(139) Zie voor nauwkeuriger gegevens over titel en vindplaats van deze preadviezen, hiervoor nr. 4.

(140) Onder meer Verschooningsrecht voor den journalist?, NJB 1937, p. 1081 e.v.; dez., Journalistengilde en verschoningsrecht, NJB 1949, p. 357 e.v.

(141) HR 14 december 1948, NJ 1949, 95 (het beroep staat voor iedereen open en is niet met voldoende waarborgen omkleed).

(142) Kamerstukken 2910 (1952-1953): Nota betreffende het verschoningsrecht en het beroep van journalist. Op p. 7 komen dezelfde bezwaren tegen erkenning van een verschoningsrecht naar voren die de Hoge Raad in 1948 (zie vorige noot) had geuit.

(143) T. Koopmans, Het verschoningsrecht van de journalist, preadvies NVVR, 1978, p. 24.

(144) Zie hierover M. Galama-Kuipers, Raad voor de journalistiek en fair play, in: Tucht recht en Fair Play, 1984, p. 198 e.v.

Uitdrukkelijk en in algemene zin – dit wil zeggen ook buiten het verband van een wettelijke regeling – zijn kwaliteitseisen en institutionalisering als relevante gezichtspunten genoemd door Verburg in zijn dissertatie van 1975. Hij kon daarvoor, naast de reeds vermelde literatuur en jurisprudentie tot dan toe, verwijzen naar een uitspraak van de Hoge Raad over een lid van een Ereraad van hoogleraren aan de Universiteit van Amsterdam (145). Thans kunnen daaraan nog enige uitspraken worden toegevoegd, te beginnen met Hoogendijk-Van der Lek. In die beschikking kwam onder meer aan de orde de betekenis van de Raad voor de Journalistiek, opgericht in 1959 ter vervanging van de eerdere Raad van Tucht (146), die overigens pas dateerde van na de zaak Lunshof. Het bestaan van de Raad leidde niet tot een andere beslissing dan in 1948, omdat de Raad op een vrijwillige organisatie beruiste en geen eisen stelde aan de toegankelijkheid van het beroep. De nieuwe Stichting Raad voor de Journalistiek, opgericht in 1982, heeft hierin tot op heden geen wezenlijke verandering gebracht. Op korte termijn zijn deze, voorzover ik kan zien, ook niet te verwachten.

De kwestie heeft eveneens gespeeld in de beslissing en/of conclusie betreffende de registeraccountant, de sociologisch onderzoeker en de medewerker van het Bureau voor Rechtshulp. Daarentegen niet ten aanzien van de advocaat en de notaris (147), maar dat komt omdat volgens de Hoge Raad in beginsel van het bestaan van een verschoningsrecht voor deze beroepsgroepen moet worden uitgegaan. Hoe zwaar daarbij de aanwezigheid van kwaliteits-eisen en institutionalisering heeft gewogen, bijvoorbeeld in verhouding tot het van oudsher niet of nauwelijks omstreden zijn van vertrouwenspersoon, is in het midden gebleven.

Niettemin is de conclusie van belang dat in alle andere recente gevallen die op een beroep betrekking hebben (148) en waarin een verschoningsrecht vanzelfsprekend is, het hier bedoelde gezichtspunt wel en veel meer dan voorheen gebruikelijk was, in de oordeelsvorming is betrokken. Betoogd is in deze gevallen dat het geen verschil zou mogen maken of ze hun grondslag vinden in een wettelijke regeling of niet. Op zichzelf is dit standpunt niet onverdedigbaar. Maatschappelijke erkenning is niet uitsluitend afhankelijk van een keurstempel door de wetgever. Aanzien en vertrouwen kan ook bereikt worden doordat beroepsgroepen zelf het initiatief nemen. Beroepsorganisaties op een privaatrechtelijke grondslag met gedragsregels of erecodes en

(145) HR 26 april 1968, NJ 1968, 305.

(146) Voor gegevens: M. Galama-Kuipers, 1984 (noot 144), t.a.p.

(147) Zie voor de vindplaatsen noot 9.

(148) Ten aanzien van een ambt zijn deze gezichtspunten minder significant.

met een tuchtrechtelijk handhavingssstelsel zijn er de verschijningsvormen van. Hun aantal neemt voortdurend toe (149). Iedereen is doordrongen van het besef dat alleen op die manier maatschappelijke erkenning verkregen kan worden. Een beroep dat zonder meer kan worden uitgeoefend door ieder die dat wil, biedt in dit opzicht weinig perspectief. Hierbij moet wel bedacht worden dat het streven naar maatschappelijke erkenning vaak is ingegeven door andere wensen dan om als verschoningsgerechtigd te worden aangemerkt. Bijvoorbeeld kan het gaan om acceptatie voor verzekeringsmaatschappijen of overheidsuitkeringen, om toelating als gesprekspartner, om het verkrijgen van subsidies of ter profilering van het beroep tegenover andere. Geheimhoudingsplichten en verschoningsrechten vormen in dit geheel slechts een betrekkelijk klein onderdeel. Maatschappelijke erkenning ten opzichte van het ene is niet beslissend voor het andere. Dat blijkt ook bij het verschoningsrecht: achtenswaardige en nauwelijks uit de samenleving (nog) weg te denken beroepen als psycholoog, psychiater, dierenarts, maatschappelijk werker, wetenschappelijk onderzoeker, bankier, octrooigemachtigde en belastingconsulent blijven verstoken van een verschoningsrecht. Uiteraard hoeft dit niet altijd het gevolg te zijn van het ontbreken van wettelijke waarborgen voor kwaliteit of van een institutioneel kader. Feit is echter dat de huidige rechtspraak in Nederland er op wijst dat zonder wettelijke regeling op deze punten, erkenning van een verschoningsrecht vrijwel is uitgesloten. Met andere woorden: bemoeienis van de wetgever/overheid met het ambt of beroep als indicatie van het maatschappelijk belang, is thans voor het met succes kunnen inroepen van een verschoningsrecht steeds duidelijker slechts *bij uitzondering niet* vereist. Het omgekeerde geldt niet: ondanks een wettelijke regeling omtrent taak, kwaliteit en controle, wordt meer dan eens geen verschoningsrecht erkend. Te denken is aan registeraccountants, accountants-administratieconsulenten, deurwaarders en makelaars.

40. Voor deze benaderingswijze is veel te zeggen. De maatschappelijke betekenis van een belangenbehartiging in een ambt of beroep, is niet eenvoudig te bepalen. 'Harde' criteria ontbreken. Het is een kwestie van schatten en waarderen, waarbij ter vermindering van een al te groot subjectivisme, aanknopingspunten moeten worden gezocht die zoveel mogelijk aanspraak kunnen maken op algemene geldigheid en bovendien onderscheidend vermogen

(149) Ik noem de beroepscode voor psychologen, psychotherapeuten, voor sociaalwetenschappelijk onderzoekers, voor literatuuronderzoekers, voor maatschappelijk werkers, voor de bedrijfsjuristen, voor ondernemers in het bouwbedrijf, voor belastingconsulenten, voor organisatieadviseurs, in de verhouding van fiscus en banken e.t.q.

hebben. Het verlenen van hulp of het dienen van andere belangen en vertrouwelijkheid hebben dat, als gezegd, niet. Privacy, openbaarheid en algemeen belang evenmin, maar een directe of indirecte bemoeienis van de wetgever met het beroep of het ambt wel. De zorg voor de kwaliteit en de kwaliteitsbewaking die de wetgever op deze manier aan de dag legt, is een van de weinige objectieve en tegelijk een van de meest sprekende gezichtspunten, waarop men zich voor het vaststellen van de 'maatschappelijke gepatenteerdheid' kan baseren.

Een verdere specificatie, althans ten aanzien van beroepen, kan wellicht nog worden gevonden in het publiekrechtelijk of privaatrechtelijk karakter van de organisatie of het tuchtrecht. Het een hoeft niet met het ander samen te vallen. De orde van advocaten en van registeraccountants zijn publiekrechtelijke lichamen met verordenende bevoegdheid (art. 134 Grondwet) en hebben ook een publiekrechtelijk tuchtrecht. De orde van octrooigemachtigden is – in ieder geval sinds 1 december 1979 – een publiekrechtelijk rechtspersoon met een publiekrechtelijk tuchtrecht. Notarissen, medici en accountantsadministratieconsulenten zijn privaatrechtelijk georganiseerd, maar kennen een publiekrechtelijk tuchtrecht, terwijl aangesloten notarissen en, tot aan de invoering van de Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (BIG), artsen ook nog onderworpen zijn aan een verenigingstuchtrecht. Hetzelfde geldt voor makelaars in onroerend goed. De meeste andere beroepen zijn zowel qua organisatie als qua tuchtrecht op een privaatrechtelijke leest geschoeid.

Getoetst aan de jurisprudentie tot nu toe is het privaatrechtelijk karakter van de beroepsorganisatie geen sta-in-de-weg voor erkenning van een verschoningsrecht, maar – met uitzondering van de geestelijke vanwege diens bijzondere positie – de privaatrechtelijke aard van het tuchtrecht wèl. Dat wijst er op dat binnen het geheel van eisen, te stellen aan organisatie, toelating en kwaliteit, in het kader van de oordeelsvorming over erkenning van een verschoningsrecht de nadruk valt op het controle- en handhavingstelsel in het tuchtrecht. De beroepsbeoefenaar die zich wil verschonen in een bepaald geval, doet dit omdat hij anders zijn cliënt niet naar behoren van dienst kan zijn of, algemener, zijn beroep niet naar behoren kan uitoefenen. Hij is het die in het Nederlandse stelsel over het inroepen van een verschoningsrecht beslist, zij het altijd met het laatste woord aan de rechter, maar bij erkende verschoningsgerechtigden is redelijke twijfel dat bij beantwoording openbaar wordt wat geheim moet blijven, voldoende (150). Het tuchtrecht vervult in dit stelsel de functie van controleapparaat en, bij ontbrekend ver-

(150) Vergelijk onder meer HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 120 (advocaat).

antwoordelijkheidsbesef of in een geval van fraude of oplichting, van noodzakelijk correctief. Daarom ook bestaat tegenover de tuchtrechter geen verschoningsrecht (wat overigens bij onverkorte toepassing van het openbaarheidsbeginsel tot problemen kan leiden).

Hiervan uitgaande is het niet onbegrijpelijk dat de verzekering van dit belang van het tuchtrecht door een regeling op publiekrechtelijke grondslag waaraan iedereen onderworpen is en die vergaande sancties kent, *in het algemeen* hoger wordt gewaardeerd dan een intern beroepstuchtrecht. Minstgenomen is de kans dat zo'n tuchtrecht behoorlijk is, groter. In concreto kan en zal dit niet altijd hoeven op te gaan. Zo klagen deurwaarders en makelaars over hun publiekrechtelijk tuchtrecht, terwijl het interne tuchtrecht van belastingconsulenten daarentegen zeer wordt geprezen (151). Maar: onduidelijkheid welke maatstaven aangelegd moeten worden bij de beoordeling van de kwaliteit van het tuchtrecht, maakt terughoudend. Deze situatie kan pas veranderen wanneer over dergelijke maatstaven wel duidelijkheid bestaat, bijvoorbeeld op grond van nader wetenschappelijk onderzoek op dit terrein, waarvoor de belangstelling toeneemt of omdat de wetgever een raamwet inzake het tuchtrecht uitvaardigt. Dan zal de aandacht verschuiven naar toelatingseisen, kwaliteitseisen en organisatiegraad. Wie kan wanneer, onder welke voorwaarden toetreden? Evenzeer zal dan van belang zijn of het tuchtrecht zich mede tot niet-leden uitstrekt. Een tuchtrecht, hoe goed ook, waar men zich door niet toe te treden of door uit te treden naar believen aan kan onttrekken, functioneert niet. Dat is de zwakte van een privaatrechtelijk tuchtrecht.

Thans is de jurisprudentie zo dat zonder publiekrechtelijk tuchtrecht erkenning van een verschoningsrecht praktisch uitgesloten, maar met zo'n regeling lang niet altijd verzekerd is. Dat kan het gevolg zijn van een gebrekkig wettelijk tuchtrecht – deurwaarders en makelaars klagen, als gezegd, zeer –, dat kan het gevolg zijn van een onvoldoende of op basis van vrijwilligheid steunende organisatiegraad – bij de Nederlandse Orde van Accountants-Administratieconsulenten (NOvAA) zijn bijvoorbeeld 'slechts' 1700 van de mogelijke 2300 leden aangesloten (152) –, er kunnen ook andere redenen zijn.

41. Tot zover de betekenis van een wettelijke regeling wat betreft de eisen

(151) Voor gegevens onder meer het in noot 144 genoemde boek *Tuchtrecht en Fair Play*, 1984. Zie ook Verburg, 1975 (noot 7), p. 253 e.v.; dez., 1985 (noot 8), p. 63.

(152) H.J. Sluijter, *Tuchtrecht voor registeraccountants en accountants-administratieconsulenten*, in: *Tuchtrecht en Fair Play*, 1984, p. 97.

gesteld aan toelating, deskundigheid, institutionalisering en verplicht (publiekrechtelijk) tuchtrecht voor het bepalen van het gewicht van de materieel-rechtelijke belangenbehartiging in het kader van de vraag of een verschoningsrecht wordt erkend of niet. Een tweede betekenis van een wettelijke regeling houdt verband met de aard en de inhoud van de functie waarvoor een verschoningsrecht wordt ingeroepen. Inzicht in deze aard en inhoud is, vanzelfsprekend, vereist, maar zonder wettelijke regeling vaak moeilijk te verkrijgen. Dat is onlangs nog eens gebleken in de zaak van de medewerker van een Buro voor Rechtshulp (153). Met een gelijkstelling in algemene zin van zo'n medewerker met een advocaat kon niet worden volstaan. Vervolgens is getracht in kaart te brengen wat op Buro's voor Rechtshulp gebeurt en gebeuren moet, uiteraard voorzover het op meer berust dan op particuliere opvattingen van rechtshulpverleners. Door het ontbreken van een wettelijke voorziening heeft men zijn toevlucht moeten nemen tot zeer divers en uit vele hoeken bijeen gesprokkeld materiaal. In de (aanvullende) conclusie van de Advocaat-Generaal worden onder meer vermeld: verslagen van wetenschappelijk onderzoek naar de behoefte aan rechtshulp, wetsontwerpen, financieringsbesluiten, CAO's, brieven van en aan de Minister, jaarverslagen van buro's en statuten van Stichtingen voor Rechtshulp.

Deze moeizame weg hoeft niet bewandeld te worden wanneer de wet een omschrijving, aanduiding of opsomming geeft. Een van de meest sprekende voorbeelden van de laatste tijd is het Voorontwerp Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG), 1981, dat de gehele medische en paramedische sector bestrijkt en 24 beroepsgroepen onderscheidt en definieert (hierna, nr. 47). Wat de functie inhoudt, welke belangen worden gediend, ten behoeve van wie en met welke mate van exclusiviteit is er meestal vrij nauwkeurig uit af te leiden. Daarbij moet overigens tevens worden gelet op (speciale) taken die elders in de wetgeving kunnen zijn opgelegd. Deze onderstrepen het bijzondere gewicht dat aan de uitoefening van het beroep wordt gehecht. Mijn indruk is dat in de strafzaak tegen de registeraccountant dit laatste aspect, gelegen in het verplicht inschakelen van een deskundige – bijna altijd een registeraccountant – bij de controle van de jaarrekeningen van vennootschappen, wellicht wat onderbelicht is gebleven (154). Voor

(153) HR 25 oktober 1985, R.v.d.W. 1985, 192. Met dank aan mr. J.M. Barendrecht, advocaat in 's-Gravenhage, voor het verlenen van inzage in het procesdossier en het toezenden van de conclusies.

(154) Niet in het cassatiemiddel van de civiele zaak. Het heeft echter niet tot een andere beslissing geleid. Het aantal publicatieplichtige vennootschappen is groot. Zie o.m. P. van Schilfgaarde, Ook b.v.'s moeten hun jaarrekening publiceren!, WPNR 5756 (1985), p. 669.

het overige echter illustreert die beschikking van de Hoge Raad de geschetste benaderingswijze met behulp van gegevens ontleend aan wet en wetsgeschiedenis treffend. Men leze er de hiervoor in nr. 36 geciteerde overwegingen zelf op na.

42. Nodig is in de eerste plaats een redelijk omlijnende of redelijk te omlijnen taak. Zolang een wettelijke regeling ontbreekt, zullen daarom relaties van cliënten met *de* maatschappelijk werker, *de* psycholoog of *de* psychotherapeut niet gauw voor erkenning van een verschoningsrecht in aanmerking komen. De werkzaamheden die ze verrichten of kunnen verrichten lopen voor een uitspraak in algemene zin te veel uiteen. Het Rapport van de Studiecommissie over Beroepsgeheim en verschoningsrecht voor de maatschappelijk werker (1963) begint aldus: 'Een definitie van maatschappelijk werk, die dit begrip even juist en tevens scherper zou omlijnen dan de term zelf reeds doet, kwam aan onze commissie onbereikbaar voor'. Met psychologen en psychotherapeuten is het niets anders (154a). Pas bij een toespitsing op een concreet en goed afgebakend beroepsveld, waarop betrokkenen zich bewegen, kan, mits aan alle overige vereisten voldaan, een positieve beslissing over een verschoningsrecht in het verschiet komen. Derhalve – om bij dit voorbeeld te blijven – niet de maatschappelijk werker, maar wel eventueel de reclasseringsambtenaar, de gezinsvoogd of de medewerkers verbonden aan consultatieburo's, Raden voor Kinderbescherming, aan Sociale Diensten van gemeenten en aan stichtingen van opbouw-, jeugd- of andere vormen van welzijnswerk. Maar ook daarbij zal, evenals bij de eisen aan kwaliteit, toegankelijkheid en institutionalisering, nagenoeg steeds hebben te gelden dat een preciese afbakening van het beroepsveld en van de te verrichten taken in de wet zal moeten zijn voorzien. Dat was overigens ook de benaderingswijze van de genoemde Studiecommissie maatschappelijk werk. Op dezelfde voet – een welomschreven taak – heeft de Hoge Raad in 1968 een (beperkt) verschoningsrecht voor de reclasseringsambtenaar erkend (155). De even welomschreven taak van de gezinsvoogd had dit gevolg in 1961 nog niet kunnen afdwingen (156). Het argument was dat gezinsvoogden in gevallen van ondertoezichtstelling van kinderen verplicht worden aangewezen. Om die reden zou de gezinsvoogd niet als vertrouwenspersoon van de ouders kunnen worden aangemerkt. Met Hazewinkel-Suringa en Verburg (157) acht ik de

(154a) Zie o.m. J.H. Hubben, *Psychotherapie en recht*, 1984, p. 2/10.

(155) HR 20 juni 1968, NJ 1968, 332.

(156) HR 23 juni 1961, NJ 1964, 170. Zie ook Hof Arnhem, 31 mei 1960, NJ 1960, 564.

(157) Hazewinkel-Suringa, 1966 (noot 130), p. 231 e.v.; Verburg, 1975 (noot 7), p. 90/1 en dez., 1985 (noot 8), p. 42/3.

mate van vrijwilligheid waarmee het contact (met deze beroepsbeoefenaar of ambtenaar) tot stand is gekomen geen argument van betekenis. Hoe vrijwillig is de gang naar een arts, een geestelijke, een – toegevoegd – advocaat, een notaris? En hoe onvrijwillig is in ieder geval het inschakelen van een registeraccountant! Toch heeft de Hoge Raad zijn afwijzing van een verschoningsrecht voor de registeraccountant niet daarop gebaseerd. Dat zou er op kunnen wijzen dat hij van zijn beslissing inzake de gezinsvoogd is teruggekomen.

43. Naast het voorgaande is evenzeer vereist dat de belangen die bij een behoorlijke taakvervulling behartigd worden, niet al te uiteenlopend zijn. Is daarvan wel sprake, dan zal de uitkomst vaak geen andere kunnen zijn dan dat volledige openheid van zaken moet worden verstrekt. Ik verwijs naar de positie van de registeraccountant, zoals die door de Hoge Raad aan de hand van de wet is geanalyseerd. Interessant is dat met eenzelfde argumentatie het Supreme Court van Amerika een privilege heeft onthouden aan een certified public accountant (SC 21 maart 1984, nr. 82-687 inzake US vs. Arthur Young). De certified public accountant heeft een public watchdog functie ten behoeve van onder meer de crediteuren van de vennootschap, de aandeelhouders en de investeerders.

De faillissementscurator heeft eveneens te maken met een grote verscheidenheid van belangen. Waarschijnlijk kan dit ook van de journalist worden gezegd. Het belang van een vrije pers in een democratische samenleving kan variëren van zeer concreet tot uiterst abstract. Onthullingsjournalistiek, politieke commentaren, actuele informatie en verstrooiingslectuur richten zich niet tot dezelfde personen en groepen en dienen onderscheiden en, zelfs per deelgroep, vaak tegengestelde en niet altijd even lofwaardige belangen. Ook hiermee moet rekening worden gehouden bij het bepalen van de waarde van de vrije pers tegenover het belang van een goede rechtsbedeling. Net als bij de registeraccountant en de curator zal dit er toe leiden dat alleen al op deze grond in het algemeen aan journalisten een verschoningsrecht onthouden dient te worden.

44. Moeilijker wordt het in gevallen dat de beroepsbeoefenaar of ambtenaar meerdere partijen van dienst is. Van de klassieke verschoningsgerechtigden kan vooral op de notaris gewezen worden, onder meer voor wat betreft de afwikkeling van boedelscheidingen, het opstellen van samenwerkingscontracten en het transport van onroerend goed. Partijen kunnen verschillende belangen hebben of krijgen. Wanneer partijen bijvoorbeeld na de verkoop van een steenfabriek twisten over de betekenis van het begrip tasveld in het be-

ding: 'In de verkoop zijn niet begrepen de op het tasveld aanwezige stenen', kan de notaris dan door een van hen worden opgeroepen om te verklaren wat zijns inziens partijen tijdens de bespreking blijkens hun verklaringen hebben bedoeld en over en weer hebben moeten begrijpen? En hoe wanneer partijen twisten over mogelijke misleiding door de een van de ander of over misbruik van omstandigheden, waarbij de vraag rijst of bepaalde aspecten wel ter sprake zijn gekomen?

Deze situaties betreffen geschillen tussen partijen. Zij moeten onderscheiden worden van situaties, waarbij derden zijn betrokken, bijvoorbeeld crediteuren van de verkoper die de *actio pauliana* instellen of de fiscus die schenkingsrechten wil heffen. In deze laatste gevallen gelden de gewone regels, aldus bijvoorbeeld ook Verburg. In geschillen tussen partijen daarentegen dient aan een notaris die beider belang behartigd heeft, geen verschoningsrecht toe te komen, hoe vervelend dit in een concreet geval ook kan zijn. Denk maar eens aan een notaris die over een slepende, in een impasse geraakte boedelscheidingsaffaire mededelingen moet doen in een procedure waarin een voorschot op de toedeling of toestemming van de rechter voor de verkoop van een deel van de boedel wordt gevorderd. Ik noem ook het geval, beslist in HR 16 januari 1981, NJ 1981, 312 (Katwijkse boedelscheiding). Partijen, voormalige echtgenoten, komen overeen dat de woning aan de vrouw wordt toegescheiden tegen betaling van een bedrag wegens overbedeling van f 35 000. De bedoeling is dat de vrouw er met de haar toegewezen drie kinderen in zal blijven wonen. De overeenkomst is tot stand gekomen met behulp van de advocaten van partijen en een boedelnotaris. Naderhand blijkt dat de vrouw niet kan betalen. De man vordert nakoming. Van belang voor de toewijsbaarheid kan zijn of de vrouw bewust het risico van niet kunnen betalen heeft aanvaard. De notaris, daarover als getuige ondervraagd, zou zich niet op een verschoningsrecht hebben kunnen beroepen (158).

In de literatuur (159) wordt voor dit standpunt aansluiting gezocht bij de jurisprudentie omtrent de positie van een advocaat, die besprekingen van zijn cliënt met een derde – de wederpartij in de latere procedure – heeft bijgevoerd: HR 12 december 1958, NJ 1961, 270, inmiddels verijnd in HR 22 juni

(158) Vergelijk m.b.t. een boedelscheiding ook het geval, beslist in het arrest HR 24 mei 1985, R.v.d.W. 1985, 108. Het gemis aan wil waarop de vrouw zich beriep, zou tot een getuigenverklaring van de notaris hebben kunnen leiden.

(159) Met name Verburg, 1975 (noot 7), p. 118 e.v., daarin gevolgd door Dijk-Lubbers-Pitlo-Van Santen, *De Notariswet*, 1982³, p. 220 e.v. Verwezen wordt naar lagere rechtspraak: Rb. Almelo, 13 februari 1939, NJ 1939, 752; Rb. Arnhem, 16 februari 1953, NJ 1953, 215; Hof Den Bosch, 3 mei 1955, NJ 1955, 783. Zie ook W. Schenk, *Twintig jaar Hof van Discipline*, 1975, p. 76 e.v.

1984, NJ 1985, 188. In zijn noot onder dit recente arrest maakt Heemskerk een driedeling:

1. Er is geen overeenkomst tot stand gekomen. De inhoud van de bespreking geldt als aan de advocaat toevertrouwd. De advocaat kan zich op het verschoningsrecht beroepen.
2. Er is geschil tussen partijen of een overeenkomst is tot stand gekomen. De advocaat heeft getuigplicht en geen verschoningsrecht met betrekking tot de vraag of een overeenkomst is tot stand gekomen en, zo ja, welke inhoud de tussen partijen gemaakte afspraken hebben. De inhoud van de bespreking geldt in zoverre niet als aan de advocaat toevertrouwd. Tijdens de bespreking kunnen echter ook mededelingen zijn gedaan, die niet de totstandkoming zelf of de inhoud van de overeenkomst betreffen. Deze mededelingen gelden als vertrouwelijk en aan de advocaat als zodanig toevertrouwd.
3. Tussen partijen staat vast dat er een overeenkomst is tot stand gekomen, maar er is geschil over de inhoud daarvan. De advocaat heeft geen verschoningsrecht met betrekking tot de inhoud van het overeengekomene. Voor het overige geldt het onder 2 gestelde.

De gelijkstelling van de notaris met de advocaat miskent dat in de gevallen die ik hier op het oog heb, de notaris, anders dan de advocaat, voor meerdere partijen optreedt. Het zijn *zijn* cliënten die zich tegenover elkaar of tegenover hem uiten. Bij een advocaat zijn het altijd uitingen van zijn cliënt jegens een, van hem uit bezien, derde. Afgezien van de juistheid van het oordeel van de Hoge Raad ten aanzien van de advocaat, meen ik dat ten aanzien van de notaris wanneer deze voor meerdere partijen optreedt, in geschillen tussen deze partijen een verschoningsrecht niet past, ongeacht of de rechtshandeling, waarvoor hij is ingeschakeld, tot stand komt of niet. Wel kan ik mij voorstellen dat de rechter bij een getuigenverhoor scherper let op de soort vragen die worden gesteld en, indien nodig, vragen niet toelaat.

Een volgend bezwaar tegen het zoeken van aansluiting bij de positie van de advocaat als het gaat om belangenbehartiging van meerdere personen tegelijk, is dat dit geen soelaas biedt in andere gelijksoortige gevallen om de eenvoudige reden dat de contacten in die gevallen niet gericht zijn op het tot stand brengen van rechtshandelingen. Hoe dan deze gelijksoortige gevallen zoveel mogelijk gelijk te behandelen? Bijvoorbeeld een gezinsvoogd of een medewerker van een van de vele consultatieburo's. Ze streven zaken na die meer in de immateriële sfeer liggen: huwelijk, opvoeding, beteugelen van een verslaving, onderwijs, gezin. Rechtvaardigt dat een verschil in benadering? Volgens mij niet. Een onderscheid tussen materieel en immaterieel, persoonlijk en zakelijk, vermogensrechtelijk of niet-vermogensrechtelijk is

onscherp en niet werkbaar. Anders dan de Advocaat-Generaal Biegmán-Hartogh in haar conclusies vóór notaris Maas, aanvaard ik het dan ook niet. Dit betekent dat ik in alle gevallen waarin een beroepsbeoefenaar of ambtenaar meerdere personen tegelijk van dienst is, géén verschoningsrecht erken, voorzover het althans geschillen betreft tussen deze personen. Ten opzichte van derden gelden weer de gewone regels. Met dat argument zou ik de gezinsvoogd in het door de Hoge Raad berechte geval en de psychiatrisch geschoolde sociaal werker in een beslissing van het Hof Amsterdam van omstreeks dezelfde tijd (160), die beiden betrokken werden in de echtscheidingsperikelen van hun cliënten, een verschoningsrecht onthouden hebben. In beide gevallen zou ik dat overigens temeer gedaan hebben omdat partijen zelf geen bezwaar hebben gemaakt tegen het afleggen van getuigenverklaringen, maar op dit aspect kan ik pas in het volgende hoofdstuk ingaan. Hoewel ik een verschoningsrecht in geschillen tussen (voormalige) cliënten niet erken, noch in algemene, noch in beperkte zin naar analogie van de advocaat tijdens de onderhandelingen van zijn cliënt met een derde, sluit ik niet uit dat soms een gerechtvaardigde behoefte kan bestaan bepaalde informatie geheim te houden. Dan is naar mijn overtuiging een prudente en oplettende rechter de aangewezen persoon om dit te beoordelen, omdat veel, zo niet alles, afhangt van de concrete omstandigheden van het geval en van de informatie die wordt verlangd. De wetgever moet volstaan met het toekennen aan de rechter van deze beoordelingsvrijheid en het regelen van de procedure (161).

45. Een probleem vormen de, wat ik noemen zal, dubbelfuncties. Deze doen zich in verschillende vormen voor. Een eerste vorm betreft de soort werkzaamheden binnen één beroep of ambt. De registeraccountant bijvoorbeeld controleert niet alleen de administratie, maar het beroep omvat evenzeer het adviseren op het gebied van de administratieve organisatie en het geven van fiscaal-technische en van bedrijfseconomische adviezen, de laatste betrekking hebbende op de financiering, de kostprijsberekening, de prijsvaststelling enz., aldus de memorie van toelichting van de Wet op de Registeraccountants. Een advocaat adviseert niet alleen, maar verleent ook processuele en buitenprocessuele bijstand, meestal in individueel perspectief, maar se-

(160) Hof Amsterdam, 9 december 1960, NJ 1961, 4; zie over een verpleegster Hof Den Bosch, 20 juni 1961, NJ 1962, 344. Hubben, 1984, (noot 154a), p. 72/3 vermeldt nog de gevallen van maatschappelijk werkers in het kader van een echtscheidingsprocedure: de RC erkent een verschoningsrecht. Ten onrechte naar mijn mening.

(161) Hierna in Hoofdstuk III, par. 3 e.v.

dert een tiental jaren zijn er ook advocaten die zich (mede) richten op structurele rechtshulp. Ook in vele andere ambten of beroepen van hulpverlening zijn individuele en structurele elementen aanwezig, bijvoorbeeld in het maatschappelijk werk. De Advocaat-Generaal Remmelink noemt als voorbeeld de arts die in een bepaalde stadswijk een aantal mensen interviewt over een daar veel geconstateerde ziekte (162). Een deurwaarder verricht ambts-handelingen in opdracht van partijen of hun procureurs, doet dienst bij terechtzittingen en adviseert en procedeert in kantongerechtszaken op dezelfde voet als een advocaat.

Meestal zal het niet goed mogelijk zijn het een van het ander te scheiden. In die gevallen zal voor de erkenning van een verschoningsrecht de taak als een geheel moeten worden gezien (163). Correcties vinden dan plaats: bij erkenning in het object van het verschoningsrecht en bij niet-erkenning door de bevoegdheid van de rechter vragen of informatie te beletten. Alleen wanneer een duidelijke scheiding van werkzaamheden mogelijk is, kan voor een onderdeel van de taak erkenning van een verschoningsrecht in aanmerking komen. Een voorbeeld zou de deurwaarder kunnen zijn (hierna nr. 48).

Dezelfde benaderingswijze is geboden bij de tweede vorm van dubbelfuncties: de arts die tevens psychiater of psychotherapeut (163a) is of een advocaat die tevens belastingconsulent is. In geval geen duidelijke scheiding aan te brengen is, moet getracht worden vast te stellen op welke soort werkzaamheden het zwaartepunt ligt. Dat klinkt eenvoudiger dan het is. De problematiek is vergelijkbaar met die van de gemengde overeenkomsten, waaromtrent art. 6.5.1.4 NBW, kort gezegd, bepaalt dat dan de bepalingen van de verschillende soorten overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn, behoudens voorzover ze niet verenigbaar zijn. Wel of geen verschoningsrecht? Hazewinkel-Suringa (164) noemt nog het voorbeeld van militaire artsen en gevangenis-artsen, die enerzijds keuringsarts zijn en anderzijds behandelend

(162) Conclusie voor HR 10 januari 1984, NJ 1984, 722 (sociologisch onderzoeker), t.a.p., p. 2543 r.k. Voor Remmelink is in een dergelijk geval een verschoningsrecht vanzelfsprekend.

(163) Zie voor een soortgelijk standpunt ten aanzien van de adviesfunctie van de registeraccountant de noot van 't Hart, t.a.p., p. 524 r.k.; Rb. Breda, 2 mei 1984, NJ 1984, 619 en A-G Remmelink in een nog niet gepubliceerde conclusie van 25 oktober 1985.

(163a) Zie hierover, met vermelding van tuchtrechtspraak, J.H. Hubben, 1984, (noot 154a), p. 80/131 en vanaf p. 132 een vergelijking van de erecodes van de Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie, het Nederlands Instituut voor Psychologen en de KNMG; zie ook J. Gevers, De rechter en het medisch handelen, 1984, p. 89 e.v.

(164) Hazewinkel-Suringa, 1959 (noot 31), p. 174 e.v.

geneesheer. Ik bespreek hun positie bij het gezichtspunt van de onafhankelijkheid.

46. Na het voorgaande kan de samenvattende conclusie kort zijn. Materieel-rechtelijke belangen, die slechts in vertrouwen goed behartigd kunnen worden, zijn er vele. Op zichzelf hebben ze geen onderscheidend vermogen, noch zijn ze van voldoende gewicht om in het kader van het oordeel over de vraag of een verschoningsrecht moet worden erkend of niet, te kunnen concurreren met het belang van een goede rechtsbedeling. Daarvan is pas sprake als aan de vereisten is voldaan, die aard en inhoud van het ambt of beroep dan wel zijn wijze van uitoefenen betreffen. Tot nu toe heb ik genoemd de eisen gesteld aan toelating, deskundigheid, institutionalisering en verplicht (publiekrechtelijk) tuchtrecht. Ten aanzien van deze was de conclusie dat de bemoeienis van de wetgever zeer direct moet zijn, wil de ‘maatschappelijke gepatenteerdheid’ van het ambt of beroep en daarmee het gewicht van de materieelrechtelijke belangenbehartiging überhaupt voldoende kunnen zijn. Daarnaast heb ik als vereiste genoemd dat sprake moet zijn van een duidelijk omlijnende of te omlijnen taak ten behoeve van een niet al te grote verscheidenheid van belanghebbenden en met zo weinig mogelijk tegenstellingen. In dat verband heb ik de belangenbehartiging van meerdere personen tegelijk en de kwestie van de dubbelfuncties besproken. Ten aanzien van al deze vereisten is het bestaan van wettelijke regelingen nuttig en soms nodig, dit laatste met name als het gaat om het uitlichten van een specifieke taak in een overigens tamelijk diffuus beroepsveld.

De wettelijke regeling als eerste en belangrijkste gezichtspunt met onderscheidend vermogen is hiermee uitvoerig genoeg besproken. Blijken zal dat de andere gezichtspunten die ik zal noemen ten dele hierop zijn terug te voeren en in ieder geval minder zelfstandige betekenis hebben.

47. Als tweede gezichtspunt noem ik de *onafhankelijkheid*. Dat kan zijn een functionele onafhankelijkheid of een rechtspositionele onafhankelijkheid. Beide gaan niet altijd samen.

Met de functionele onafhankelijkheid, ook wel professionele zelfstandigheid genaamd, is de wijze van beroepsuitoefening of ambtsvervulling bedoeld. Er mag geen sprake van zijn dat de cliënt, patiënt of penitent hierop beslissende invloed heeft. Niet verboden daarentegen is het zich richten naar algemene, binnen de kring van beoefenaren bestaande normen en opvattingen. Integendeel zelfs, want deze bieden vaak, intern en extern, het enige houvast. In zoverre valt de eis van functionele onafhankelijkheid samen met die van de waarborgen voor kwaliteit en behoorlijkheid, die ik hiervoor besproken heb.

Wettelijke regels, gedragsregels, erecodes met tuchtrechtelijke controle wijzen de weg. Het soms moeten opvolgen van aanwijzingen van anderen (165), zoals met name bij ambtenaren voorzover werkzaam in de hiërarchische structuur van het apparaat, dan wel het soms moeten werken onder toezicht en verantwoordelijkheid van anderen, zoals bij advocaten en notarissen, brengt nog geen functionele afhankelijkheid teweeg. Zolang de aanwijzingen en het toezicht geschieden naar de voor een behoorlijke taakuitoefening geldende maatstaven en berusten op de (wettelijke) voorschriften dienaangaande, is in dit opzicht niets aan de hand. Het Voorontwerp van de Wet Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg, 1981, waarmee beoogd wordt de wildgroei in de (para)medische sector in te dammen, komt tot een totaal van 24 beroepen waarvan de professionele zelfstandigheid aangenomen mag worden, mits zijn beoefenaren als zodanig zijn geregistreerd. Registratie vindt pas plaats wanneer aan eisen van vakbekwaamheid (opleiding, toetsing, bijscholing) en aan het niveau van technische voorzieningen is voldaan. Registratie is daarmee niet, zoals thans ten aanzien van artsen, uitsluitend van administratieve betekenis, maar is constitutief. Zij leidt tot een titelbescherming, dit wil zeggen tot erkenning van de status van gekwalificeerde, deskundige op een bepaald terrein. De 24 beroepsgroepen zijn de navolgende: arts, tandarts, apotheker, klinisch chemicus, klinisch psycholoog, fysiotherapeut, oefentherapeut-Mensendieck, oefentherapeut Cesar, diëtist, mondhygiënist, orthoptist, radiodiagnostisch laborant, radio-therapeutisch laborant, logopedist, ergotherapeut, medisch analist, adjunct-medisch analist, verloskundige, verpleegkundige, ziekenverzorger, apothekers-assistent, opticiën, opticiën-oogmeetkundige en opticiën-contactlenskundige. Het sluitstuk vormt ook hier weer een (publiekrechtelijk) tuchtrecht, waarin, vergeleken met het bestaande, belangrijke wijzigingen worden voorgesteld. Aan de vereisten voor erkenning van een verschoningsrecht, lijkt op deze manier voor alle beroepsgroepen voldaan, mits sprake is van vertrouwelijke gegevens en informatie. Assistenten, met uitzondering van apothekers-assistenten, zijn uitgesloten, maar kunnen wel als afgeleide verschoningsgerechtigden in aanmerking komen.

Dan de rechtspositionele onafhankelijkheid. Meestal gaat het hierbij om de vraag of dienstbetrekking en verschoningsrecht onverenigbare grootheden zijn. Dat is niet het geval. Ambtenaren, degenen die verbonden zijn aan instellingen, buro's of raden, alsmede bijvoorbeeld beoefenaren van een vrij beroep, die in vennootschappelijk verband opereren, zijn meestal in dienstbetrekking, maar deze omstandigheid sluit – anders dan volgens het Hof

(165) Anderen dan cliënt, patiënt of penitent.

van Justitie in de AMS-zaak, maar in overeenstemming met onder meer het Engelse recht – erkenning van een verschoningsrecht in het geheel niet uit. De nadruk ligt ook hier weer op de functionele onafhankelijkheid. Is deze verzekerd, dan levert een rechtspositionele afhankelijkheid geen bezwaar op. Aldus ook het stelsel van het Voorontwerp Wet BIG.

Zodanig bezwaar kan wel ontstaan wanneer de functie geheel of ten dele vervuld wordt ten behoeve van de opdrachtgever of meer in het belang van het algemeen. De door Hazewinkel-Suringa genoemde militaire arts en scheepsarts zijn er voorbeelden van. Hetzelfde kan zich voordoen bij de sociaal verzekeringsgeneeskundigen, bij artsen, betrokken bij de uitvoering van de Krankzinnigenwet, bij keuringsartsen voor verzekeringsmaatschappijen, bedrijven, instellingen, stichtingen en verenigingen, alsmede, als ik het wel heb, bij bedrijfsartsen. Ik denk eveneens aan vertrouwensartsen, bijvoorbeeld in het geval van kindermishandeling. Buiten de medische sfeer gaat het om de uitvoering van overheidstaken, waarbij vertrouwelijke gegevens moeten worden verstrekt: reclassering, gezinsvoogdij, Raden voor de Kinderbescherming, belastingen, sociale verzekeringen en collectieve voorzieningen. Ook het hoofd van de Accountantsdienst van de Nederlandse Bank kan in dit verband worden genoemd. De nadruk valt dan niet op het zijn van accountant, maar op de bijdrage aan de vervulling van de overheidstaak uit hoofde van de Wet Toezicht Kredietwezen.

Tegenover anderen dan partijen en tegenover anderen dan de opdrachtgever of degene aan wie rapport moet worden uitgebracht, rust in deze gevallen op betrokkenen een geheimhoudingsplicht, die in beginsel tot een verschoningsrecht kan uitgroeien. Veelal gaat het hierbij om taken, die de overheid aan zich heeft getrokken. Dat is een belangrijk gegeven voor het oordeel over het maatschappelijk belang van de functie. Het maatschappelijk belang gaat echter niet verder dan dat de rechter, mits ook aan de overige vereisten is voldaan, aanvaardt dat de bij de ambtsvervulling verkregen informatie voor geen ander doel wordt aangewend dan waarvoor ze is verkregen. Ten aanzien van ambtenaren van reclassering en belastingen heeft de Hoge Raad in deze zin beslist (166), ten aanzien van de gezinsvoogd niet, maar dat betrof een geschil tussen voormalige cliënten van de gezinsvoogd en dat staat, als gezegd, naar mijn mening aan een beroep op een verschoningsrecht in de weg.

Wat als 'functioneel toevertrouwd' heeft te gelden en hoe de rechter dit moet

(166) Resp. in HR 20 juni 1968, NJ 1968, 332 en HR 3 mei 1956, NJ 1956, 297; HR 14 mei 1964, NJ 1964, 430; HR 20 januari 1966, NJ 1966, 184.

toetsen, zijn problemen op zich (167). In het bijzonder voor artsen is er veel over vergaderd en geschreven. Verburg (168) heeft het medische en het juridische perspectief in deze uitvoering geanalyseerd. Medici leggen de nadruk op het feit dat de keurings- of controlearts *arts* is, juristen daarentegen op het feit dat zo'n arts *niet behandelt*. Verburg kiest voor het juridische perspectief en komt tot soortgelijke bevindingen als hiervoor vermeld. Koopmans (169) zegt daarover in een ander verband – en het is interessant om dit te vermelden – dat een dergelijk verschil in benadering van twee groepsethiek in wezen onoverbrugbaar is en alleen kan worden opgelost doordat een van beide groepen met de beslissing wordt belast. Dat daarbij de eigen voorkeur (onbewust) een rol speelt, verwondert niet. Niemand is een goed rechter in eigen zaak.

Van het voorgaande te onderscheiden zijn de gevallen waarin de ambtenaar (om mij daartoe te beperken) buiten het formele kader van zijn bevoegdheid en zonder toestemming van zijn cliënt, maar wel ter vervulling van zijn taak, zelf anderen inschakelt of zich door anderen laat inschakelen voor het verkrijgen van vertrouwelijke of geheime informatie. Voorbeelden zijn politieambtenaren die tipgevers hebben of belastingambtenaren, die, zoals in de Happy Family-zaak, in ruil voor belastingvermindering van de belastingplichtige een verklaring willen loskrijgen over een omkoping (170). Als bij dit laatste al niet sprake is van omkoping door de belastingdienst, dan moet in ieder geval openheid worden betracht. De bestrijding van fraude en van criminaliteit is ontegenzeggelijk een belang van hoge orde, maar kan en mag in een rechtsstaat niet met dezelfde middelen worden bestreden. Informanten en tipgevers zijn niet uitgesloten, maar beseft moet worden dat deze geleid kunnen worden door motieven die variëren van moreel zeer hoogstaand tot uiterst laag-bij-de-grond. Erkenning van een verschoningsrecht betreffende de identiteit van informanten en tipgevers, is zonder speciale wettelijke voorziening dan ook te algemeen. Alleen het in concreto beletten van vragen of verschaffen van gegevens in de procedure, kan uitkomst bieden. Maar ook een dergelijk middel mag slechts bij uitzondering worden gehanteerd. Tegen anonieme informanten kan men zich moeilijk verweren en bovendien: een

(167) Zie daarover hierna, in Hoofdstuk IV.

(168) Verburg, 1975 (noot 7), p. 129 e.v. met verdere verwijzingen, onder meer naar rapporten van allerlei commissies; Hazewinkel-Suringa, 1959 (noot 31), p. 174 e.v.; P. Hendriks en Th. Schelfhout, Doorbreking van de medische muur in de Ziektewet- en WAO/AAW-procedures, Advocatenblad 1985, p. 53 e.v. met verdere verwijzingen.

(169) Koopmans, 1978 (noot 143), p. 25.

(170) Over de politieambtenaar HR 17 maart 1981, NJ 1981, 382; over de Happy Family-zaak is uitvoerig in de kranten bericht eind juli 1985.

maatschappij waarin iedereen iedereen (tegen beloning) in de gaten houdt, houd ik voor verziekt. De belangen die daartegen opwegen, moeten wel van heel hoge orde zijn. Dat doet zich niet vaak voor. Mutatis mutandi geldt hetzelfde voor de bronnen van de journalist. Met name degenen die met schending van eigen geheimhoudings- en vertrouwensplichten informatie aan journalisten doorspelen, verdienen in het algemeen geen bescherming.

48. Een volgend gezichtspunt dat bespreking behoeft, is de *juridische hulpverlening*. Komt daaraan binnen het gebied van de hulpverleningsrelaties die in Nederland de grondslag vormen voor de klassieke verschoningsrechten, bijzondere betekenis toe? In Engeland wordt dit, als eerder gezegd, verdedigd met het argument dat juridische hulpverlening altijd geschiedt in de vorm of met het perspectief van een rechtsgeding. Dat is bij andere hulpverleners niet het geval. Die hoeven er niet dan bij uitzondering mee rekening te houden dat openbaarmaking van wat zij in hun relatie met de cliënt, patiënt of penitent te horen krijgen of bespreken, in rechte afgedwongen wordt, (althans voorzover niet begrepen in de in nr. 47 genoemde categorie hulpverleners die, kort gezegd, geheel of ten dele in opdracht van derden werkzaam zijn). Op zichzelf is dit argument juist, maar het rechtvaardigt naar mijn mening nog geen verschil in behandeling. Geestelijke, medische, maatschappelijke en financiële hulpverlening acht ik zonder nadere bewijzen van het tegendeel niet minder belangrijk, maar ook niet belangrijker dan juridische hulpverlening.

Geldt het Engelse argument wel voor de rechtspleging in eigenlijke zin? De Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh heeft hierop gewezen in haar conclusie voor de eerste beschikking inzake notaris Maas (HR 10 juni 1983, NJ 1984, 270). Zij beriep zich mede op het AMS-arrest van het Europese Hof (171). Volgens dit arrest berust de grondslag van de erkenning van een verschoningsrecht voor de advocaat in de verschillende lid-staten ofwel op 'de aard van het beroep van de advocaat zelf, in zoverre deze meewerkt aan de handhaving van het recht', ofwel – ook – op 'het specifieke vereiste van de eerbieding van de rechten van de verdediging'. In rechtsoverweging 24 van het arrest wordt hieraan nog toegevoegd 'de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging'. De notaris speelt in de eigenlijke rechtspleging geen rol en om die reden wilde de Advocaat-Generaal hem, althans voor zijn werkzaamheden op vennootschappelijk gebied, een verschoningsrecht onthouden.

Afgezien van de vraag of de geciteerde zinsdelen die steun bieden die de

(171) E.G. Hof van Justitie, 18 mei 1982, NJ 1983, 150. Hiervoor, nr. 18 e.v.

Advocaat-Generaal er van verwachtte, vind ik het criterium onjuist. Wat onderscheidt een advocaat met een vennootschapspraktijk van zijn collega in het notariaat? Een goed contract, een sluitende regeling van de rechtsverhouding is meer waard dan alle processuele deskundigheid. Gedragsregel 7 scherpt dat de advocaat terecht in. Het rapport Edward (172) noemt als gemeenschappelijk doel van verschoningsrecht en legal privilege dat de advocaat de handen vrij moet hebben om *zonder* procedure zijn cliënt te helpen. Zou dan het enkele feit dat advocaten wel en notarissen niet kunnen procederen voldoende reden zijn om beiden ten aanzien van een verschoningsrecht verschillend te behandelen? Ik geloof er niets van.

Juridische hulpverlening is daarmee volgens mij geen specifiek, onderscheidend gezichtspunt. Wel nodigt het toegenomen aantal vormen van juridische hulpverlening uit, zoals de verschuiving van geestelijke naar maatschappelijke dienstverlening ook gedaan heeft, om na te gaan of naast advocaten en notarissen ook andere beroepsgroepen in aanmerking kunnen of moeten komen voor erkenning van een verschoningsrecht. Het spreekt bijvoorbeeld niet vanzelf dat, wanneer een medewerker van een Bureau voor Rechtshulp, een medewerker van een Rechtskundige Dienst, een deurwaarder en een advocaat precies dezelfde werkzaamheden verrichten in een zaak – met of zonder procedure voor de Kantonrechter –, in het eerste en het laatste geval wel, maar in de andere twee niet een verschoningsrecht kan worden ingeroepen. Ook een medewerker van een juridische EHBO, van een Stichting Wets- of Rechtswinkel kan dit niet, evenmin als een octrooigemachtigde of een belastingconsulent, hoe onmisbaar deze laatsten ook zijn in octrooizaken resp. in fiscale aangelegenheden van enige importantie.

Voor de oordeelsvorming in deze is van belang het gegeven dat in algemene zin de overheid al jaren geleden de zorg voor een goede, evenwichtig gefinancierde rechtshulp aan zich heeft getrokken. Uitdrukking daarvan is de grondwettelijke erkenning van dit belang in art. 189w (173). Wettelijke regelingen dienaangaande vorderen moeizaam, met uitzondering van financiële voorzieningen, ten goede en ten kwade. Onderzoek heeft aangetoond (174) dat in

(172) Rapport Edward, 1975 (noot 21), p. 5.

(173) Vergelijk onder meer R.A. Fibbe, Enige opmerkingen over het (sociaal) grondrecht op rechtsbijstand, NJB 1984, p. 1219 e.v. C. Kortmann, De Grondwetsherziening, 1983, p. 110/1; C.F. de Jongh, Het recht op rechtsbijstand, Jeukens-bundel Grondrechten, 1982, p. 367 e.v. Zie overigens voor een literatuuropgave over rechtshulp het speciale lustrum-nummer van het tijdschrift Rechtshulp: Bibliografie van de rechtshulp, 1982 (42 p.).

(174) Zie de literatuur, genoemd in noot 134, met verdere verwijzingen, alsmede J. Soetenhorst-de Savornin Lohman, Zuinig met recht. Een studie naar de grenzen en

Nederland veel organisaties, instellingen en personen, werkzaam in de rechtshulp, worden gefinancierd of gesubsidieerd. Vergeleken met de Bondsrepubliek stelt Nederland 70 keer zoveel geld beschikbaar voor rechtshulp buiten procedures. Cijfers voor 1981: DM 600 000 tegen f 42 miljoen. Desondanks zijn deze blijken van overheidsbemoeienis met de rechtshulp niet voldoende om daarop in de concrete voorbeelden, die ik genoemd heb, een beslissing te baseren. Nodig zal – wederom – zijn inzicht in de mate waarin voldaan is aan de vereisten die ik opgesomd en uitgewerkt heb onder het gezichtspunt van de wettelijke regeling, al hoeft niet aan alle vereisten tegelijk te zijn voldaan, zoals het voorbeeld van de medewerker van een Bureau voor Rechtshulp leert (geen organisatie, geen tuchtrecht, zij het wel in voorbereiding).

Zonder twijfel voldoen de octrooigemachtigden aan de vereisten. Hun opleiding is van hoog nivo. Zij moeten afgestudeerd zijn in de wis- en natuurkunde (of vergelijkbare opleiding) om zelfs maar tot het examen van octrooigemachtigde te worden toegelaten. Speciale cursussen leiden voor dit examen op. Verder is, alvorens als octrooigemachtigde ingeschreven te kunnen worden, een stage van 3 jaar verplicht. Het Octrooigemachtigden-reglement is een AMvB., gebaseerd op art. 18A Rijsoctrooiwet, en dateert van 1936, laatstelijk gewijzigd per 1 december 1979. Het reglement bevat de toelatings- en exameneisen, regelt de instelling van de Orde van Octrooigemachtigden met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid en voorziet in een (publiekrechtelijk) tuchtrecht. De Gedragsregels voor de Octrooigemachtigde zijn in september 1980 opnieuw vastgesteld en lijken veel op die van advocaten. Iedere octrooigemachtigde die ingeschreven is – en inschrijving is nodig om het beroep te kunnen uitoefenen – is aan deze wettelijke regeling onderworpen, ongeacht of hij, zoals het merendeel van de ruim 300 octrooigemachtigden in Nederland, in dienstbetrekking werkzaam is of niet. De taak van de octrooigemachtigde verschilt op het specifieke terrein niet van die van de advocaat: adviseren, onderhandelen en begeleiden van aanvragen voor de Octrooi-raad, ook bij geschillen (art. 18 ROW). Tot en met de verleningsprocedure handelt de octrooigemachtigde de zaak in de regel alleen af. In inbreuk- of nietigheidsacties is hij de bijna vaste teamgenoot van de advocaat. Hoewel in de praktijk, voorzover ik heb kunnen achterhalen, nog niet van problemen in dit opzicht is gebleken, meen ik dat in voorkomend geval bij een octrooigemachtigde net als bij een advocaat een verschoningsrecht behoort te worden erkend.

→ mogelijkheden voor het sturen van het beroep op de rechter, SCP-cahier 33, 1983, met name hoofdstukken 2 en 3.

Ten aanzien van deurwaarders, althans voorzover het de werkzaamheden van advies, begeleiden en het voeren van procedures in kantongerechtszaken betreft, geldt het volgende. De rechtspositie van deurwaarders is geregeld in het Deurwaardersreglement, een AMvB. die steunt op onder meer de Ambtenarenwet en het Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR). Zij worden door het bevoegd gezag benoemd en zijn openbaar ambtenaar, zij het niet in overheidsdienst. De opleiding wordt verzorgd door de Stichting opleiding kandidaat-deurwaarder, duurt drie jaar en stelt zware eisen. De exameneisen en de samenstelling van de examencommissies berusten op de wet. Alleen het tuchtrechtelijk toezicht, uit te oefenen door de Ambtenarenrechter, wordt in eigen kring onvoldoende geoordeeld (175): te weinig toegesneden, te weinig ervaring, onvoldoende geregelde procesgang. Jarenlang is geageerd voor een adequaat wettelijk tuchtrecht, er is ook een ontwerp d.d. 3 maart 1979, maar ondanks toezeggingen van parlement en regering komt dit niet tot stand. De groep heeft daarop zelf het initiatief genomen en zich kort geleden privaatrechtelijk verenigd met privaatrechtelijke tuchtrechtelijke voorzieningen (176). Uit informatie is mij gebleken dat van de ruim 240 deurwaarders in Nederland er slechts 2 *geen* lid zijn van de vereniging. Daarmee zijn alle deurwaarders aan het wettelijk tuchtrecht van ambtenaren onderworpen en 99% bovendien nog aan een verenigingsrechtelijk tuchtrecht. Voor de hier bedoelde (177) werkzaamheden, gelijksoortig aan die van een advocaat, zou ik – gelet op het belang van een goede rechtshulpverlening en de bijdrage daaraan van de deurwaarder, alsook gelet op de toelatings- en kwaliteitseisen – in beginsel een verschoningsrecht willen erkennen. Bij medewerkers van Rechtskundige Diensten van vakverenigingen of andere organisaties aanvaard ik daarentegen geen verschoningsrecht, evenmin als bij wets- of rechtswinkeliers, leden van juridische EHBO's, incassoburo's, juridische adviesburo's e.t.q. Bij allen geldt in meerdere of mindere mate dat de garanties voor kwaliteit, deskundigheid en voor voldoende toezicht ontbreken. Vaak zijn ze (nog) niet eens jurist. Bedrijfsjuristen plaats ik in het verlengde van de partij, wier juridische zaken zij behartigen (hiervoor nr. 21). Er is geen eigen, daarvan te onderscheiden maatschappelijk belang voor erkenning van een zelfstandig verschonings-

(175) Zie hierover en voor het hierna volgende P.A. Neve, Tuchtrecht, speciaal voor deurwaarders, en fair play, in: Tuchtrecht en Fair Play, 1984, p. 131 e.v.

(176) De tekst van het wetsontwerp en van de eigen regeling is afgedrukt als bijlage bij het in de vorige noot genoemde opstel.

(177) Over deze 'plitsing' van werkzaamheden, zie hiervoor bij nr. 45 in fine.

recht (178). Voorzover daarvan wel sprake is of kan zijn, bijvoorbeeld bij bedrijfsadviseurs, stuit erkenning af op het ontbreken van voldoende garanties voor kwaliteit, deskundigheid en toezicht. Het bestaan van het Nederlandse Genootschap van Bedrijfsjuristen met gedragsregels en tuchtrechtspraak verandert hieraan niets, omdat de basis een vrijwillige is en blijft.

Zeer omstreden is de positie van de belastingconsulent, voorzover het althans niet betreft het verstrekken van inlichtingen aan de fiscus, want, hoewel niet begrepen onder de verschoningsgerechtigden van art. 53 AWR, mag blijkens art. 32 Leidraad AWR van belastingconsulenten (en accountants) geen inzage worden geëist van de in de uitoefening van hun beroep aan cliënten verstrekte adviezen en met cliënten gevoerde correspondentie. Schorer pleitte reeds in 1934 voor erkenning van een verschoningsrecht ook buiten de administratieve verhouding tot de fiscus (179). Hazewinkel-Suringa constateerde dat de uitgebreidheid en ingewikkeldheid van de fiscale wetgeving het inschakelen van belastingdeskundigen noodzakelijk maakt. De belastingconsulent is een vertrouwenspersoon, aan wie, wil hij zijn taak naar behoren kunnen vervullen, volledige opening van zaken moet worden gegeven, zonder vrees voor openbaarmaking achteraf. Zij sluit nauw aan bij de overwegingen van met name een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, 9 januari 1933, W 12631, ook besproken door B. Stokvis in NJB 1933, p. 152 e.v. Verburg heeft zich in zijn dissertatie eveneens een voorstander getoond van erkenning van een verschoningsrecht, zij het beperkt tot degenen die lid zijn van een van de drie verenigingen welke de Nederlandse Federatie van Belastingconsulenten vormen dan wel aangesloten zijn bij de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (NOB). De doorslaggevende reden is voor hem gelegen in hetgeen de Rechtbank Amsterdam heeft overwogen in een uitspraak van 26 januari 1972, NJ 1972, 222. De rechter vergelijkt daarin de positie van de belastingconsulent met die van de belastingambtenaar. Op deze laatste rust ingevolge art. 67 AWR een geheimhoudingsplicht, die van grote betekenis is in de rechtspraak van de Hoge Raad (180) voor de erkenning van

(178) Over de gedragsregels en de tuchtrechtspraak van bedrijfsjuristen: B. Rogmans, *De bedrijfsjurist: het specifieke van zijn functie; aspecten van beroepsethiek*, AA 1983, p. 706 e.v. Dat wat als het specifieke van de beroepsgroep wordt vermeld, verschilt nauwelijks van wat voor anderen in meer of minder leidinggevende functies wordt verlangd. Zie overigens ook het speciale nummer van het NJB, gewijd aan de bedrijfsjurist: 1985, p. 1253 e.v.

(179) Schorer, *preadvies* 1934 voor de Advocatenvereniging, p. 122 e.v. Voor het hierna volgende: Hazewinkel-Suringa, 1959 (noot 31), p. 47; Verburg, 1975 (noot 7), p. 252 e.v.; dez., 1985 (noot 8), p. 63/4 met verdere verwijzingen.

(180) HR 14 mei 1964, NJ 1964, 430; HR 23 januari 1965, NJ 1965, 388; HR 20 januari 1966, NJ 1966, 184; HR 7 februari 1967, NJ 1967, 271.

een verschoningsrecht. De belastingconsulent is de tegenspeler van de belastingambtenaar, zoals in een strafprocedure de advocaat dat is van de officier van justitie. Net zo min als de advocaat, kan in veel gevallen de belastingconsulent worden gemist, noch door de cliënt noch door de belastingdienst. Met name uit dit laatste blijkt dat de belastingconsulent op dezelfde voet als de ambtenaar van de belastingdienst aanspraak moet kunnen maken op een verschoningsrecht.

Groeiende betekenis komt toe aan het argument dat de belastingconsulent in fiscale zaken een soortgelijke taak vervult als de advocaat in andere zaken, waarbij er op wordt gewezen dat steeds vaker beide beroepen samen worden uitgeoefend. In een voorlichtingsbrochure van de NOB wordt de vergelijking met de advocaat eveneens getrokken, zowel wat betreft de werkwijze – belanghebbende en vertrouwenspersoon van de cliënt – als wat betreft het werkterrein van de belastingconsulent. Ik citeer de brochure:

Het werkterrein van de belastingadviseur is de belastingheffing van rijks- en lagere overheden zoals loon- en inkomstenbelasting, invoerrechten en accijnzen, verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, internationaal belastingrecht, premieheffingen uit hoofde van sociale verzekeringen, milieuheffingen, gemeentelijke onroerend goedbelastingen etc.

De bemoeienissen van de belastingadviseur op dit werkterrein omvatten o.a.

- het behulpzaam zijn bij het doen van aangiften en afdrachten
- het optreden als vertegenwoordiger van de cliënt bij overleg met de fiscus
- het optreden als vertegenwoordiger van de cliënt bij fiscale processen
- het adviseren en begeleiden bij het vinden en realiseren van de optimale structuren, samenwerkingsvormen, financieringsvormen, overdrachten etc. van ondernemingen
- het adviseren en begeleiden van particulieren bij de fiscale aspecten van hun vermogens- en familieaangelegenheden
- het behulpzaam zijn bij het aanvragen en verkrijgen van overheidssubsidies
- samenwerking en overleg met collega's en met personen uit andere disciplines (advocaten, notarissen, accountants, etc.) bij de bovengenoemde werkzaamheden

In recente lagere (strafrechtelijke) jurisprudentie is het beroep op een verschoningsrecht van een belastingconsulent afgewezen. Rechtbank Zwolle, 2 mei 1984, NJ 1985, 581 overweegt onder meer dat toelating van een verschoningsrecht de controle van de gegevens voor de juiste belastingheffing in gevaar brengt en 'zou leiden tot het maatschappelijk onaanvaardbare gevolg dat een belastingplichtige louter door het welbewust onderbrengen van zijn fiscaal relevante gegevens bij zijn belastingadviseur/lid van de NOB, juist om zich aan controle van de fiscus te onttrekken, onder omstandigheden

straffeloosheid voor zichzelf zou kunnen bereiken . . .'. Ook de Rechtbank Breda denkt in een uitspraak van 29 mei 1984 in deze termen. Ten onrechte naar mijn mening, omdat een verschoningsrecht slechts omvat het vertrouwelijk verkeer tussen cliënt en belastingconsulent en niet reeds bestaande documenten. Dat sprak – wellicht in navolging van art. 32 Leidraad AWR, dat overigens toepassing miste – in het door de Rechtbank Breda besliste geval voor betrokkenen kennelijk zo vanzelf dat deze eigener beweging de van belang zijnde stukken al onderverdeelden in *aangiftedossiers* en *adviesdossiers*. De Rechtbank heeft dit onderscheid niet gemaakt. Onder meer hiertegen is het cassatieberoep gericht. Voor de aangiftedossiers wordt geen verschoningsrecht bepleit. De Hoge Raad heeft nog geen uitspraak gedaan. Wel is al geconcludeerd (Advocaat-Generaal Remmelink). De conclusie strekt tot verwerping. De Advocaat-Generaal acht de belangen die met geheimhouding zijn gediend niet opwegen tegen die van een goede rechtsbedeling in strafzaken. Hij voegt er aan toe dat bovendien eisen voor toelating, deskundigheid, organisatie en controle ontbreken, behoudens voorzover betrokkenen zich die vrijwillig hebben opgelegd door lid te worden van de Federatie of de Orde. In situaties dat existentiële problemen aan de orde zijn, kan de cliënt voorts altijd een advocaat inschakelen die wel een verschoningsrecht heeft. Tenslotte is ook de rechter bevoegd op grond van art. 288 Sv. vragen te beletten (181).

Mijn standpunt in deze bepaal ik als volgt. Ik erken volledig de belangrijke en soms onmisbare taak van de belastingconsulent. Ik erken ook dat deze taak in vele opzichten aan die van de advocaat soortgelijk is, onder meer ten aanzien van de belangenbehartiging voor in beginsel een of een beperkt aantal personen (182). De kwalificatie van de belastingconsulent als een gespecialiseerd advocaat is niet misplaatst. Degenen die aangesloten zijn bij de Federatie of bij de Orde moeten aan hoge kwaliteitseisen voldoen en academisch gevormd zijn dan wel een daarmee vergelijkbare opleiding hebben genoten. Er bestaan gedragsvoorschriften die veel gelijkenis vertonen met die geldend voor advocaten, alsook tuchtrechtelijke voorzieningen. Het Reglement Tuchtzaken van de NOB is per 1 januari 1984 herzien en voldoet aan de daaraan te stellen eisen (183). Het probleem is echter dat slechts een klein

(181) Met dank aan de advocaat van de belastingconsulent in cassatie, mr. T.H.P. de Roos te 's Gravenhage, voor zijn inspanningen mij een kopie van de konklusie te bezorgen.

(182) Anders dan de accountant. In de in de tekst vermelde brochure wordt de vergelijking met de accountant dan ook afgewezen (p. 8).

(183) J. Hoogendoorn, Tuchtrechtspraak Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, in: Tucht recht en Fair Play, 1984, p. 187 e.v.

deel van alle belastingconsulenten is aangesloten bij de Federatie of de Orde. Aansluiting is niet verplicht, terwijl ieder lid, zoals bij een organisatie op privaatrechtelijke grondslag betaamt, te allen tijde kan uittreden, bijvoorbeeld onder druk van een dreigende tuchtrechtelijke sanctie. Een algemene wettelijke regeling van het beroep of van het tuchtrecht is er niet. Er bestaan wel plannen in deze richting, zoals namens de Staatssecretaris van Financiën op 8 oktober 1983 (weer eens) is verklaard, maar ze zijn nog niet geconcretiseerd (184). Zolang daarvan geen sprake is, ben ik geneigd om, op gelijke voet als gebeurd is in art. 53 AWR, geen verschoningsrecht aan te nemen in relaties met belastingconsulenten (185). Wel kan ik mij voorstellen dat wanneer de Federatie en de Orde er in zouden slagen het tuchtrecht voor hun leden te doen uitstrekken tot uitgetreden leden, voorzover het handelingen betreft, die tijdens het lidmaatschap zijn verricht, erkenning van een verschoningsrecht voor deze categorie belastingconsulenten dichterbij komt. Hetzelfde zou kunnen gelden voor belastingconsulenten die diensten verrichten ten behoeve van Buro's voor Rechtshulp (186), zij het dat dan de hoedanigheid van medewerker van zo'n buro doorslaggevend is en niet het zijn van belastingconsulent. Wat betreft de wettelijke regeling, is het niet nodig dat aan alle vereisten, zoals ik die in Hoofdstuk II onder het eerste gezichtspunt heb uitgewerkt, tegelijk of in volle omvang is voldaan. De toekenning van taken in verspreide wettelijke regelingen, bijvoorbeeld bij de gefinancierde rechtshulp of als exclusieve procesvertegenwoordiger in fiscale zaken, kan tot erkenning van een verschoningsrecht leiden. Voorlopig ontbreken echter voor de belastingconsulent ook dit soort aanknopingspunten.

49. Verburg noemt in zijn geschriften (187) als relevante gezichtspunten ook de *duurzaamheid* en de *exclusiviteit* van de werkzaamheden. Wat betreft het eerste, heeft de Hoge Raad in zijn beslissing inzake de Ereraad van hoogleraren (188) het beroep op een verschoningsrecht afgewezen met het argument dat 'het deel uitmaken van een Ereraad als de onhavige een zo incidenteel karakter draagt, dat *reeds daarom* niet kan worden aangenomen dat . . .' (cursive-ring toegevoegd). Degene die incidenteel rechtshulp verleent, bijvoorbeeld als gemachtigde in procedures, zal eenzelfde beslissing wachten. Maar gaat

(184) Ontleend aan een verslag van deze lezing, TVVS 1983, p. 318/9.

(185) Zie het losbladig commentaar op de AWR, ad art. 53, aant. 5 (antwoord Minister Hofstra).

(186) Bepleit onder meer in een nota van de Landelijke Vereniging Medewerkers van Buro's voor Rechtshulp, aangekondigd in NJB 1986, p. 34.

(187) Verburg, 1975noot 7), p. 84 e.v.; dez., 1985 (noot 8), p. 42/3.

(188) HR 26 april 1968, NJ 1968, 305.

het om iemand die als advocaat is ingeschreven met een hoofdfunctie elders, dan zal geen verschoningsrecht kunnen worden onthouden. In zoverre gaat het gezichtspunt op in de andere, met name in het eerstgenoemde. Wat de exclusiviteit betreft: deze is gelegen in de kennis en vaardigheden en daarmee in de toegankelijkheid van het beroep. Onderscheidend vermogen op zichzelf ken ik er niet aan toe naast de reeds gestelde toelatings- en kwaliteitseisen en het vereiste van een duidelijke, althans te omlijnen taak.

50. In het geheel van relevante gezichtspunten ontbreken de *hulpverlening* en de *vertrouwelijkheid*. Verburg rubriceert beide onder de eisen die aan de relatie van beroepsbeoefenaar en cliënt moeten worden gesteld en plaatst deze naast de beroepswaarborgen. De relatie-eisen zijn volgens hem deze (189):

1. Er moet sprake zijn van een hulpverlenend – in de ruimste zin van het woord – beroep dat functioneert op basis van vertrouwelijke informatie.
2. De onbelemmerde vervulling van het beroep staat of valt met strikte bescherming van het vertrouwen.
3. Een goede uitoefening van het beroep wordt als een algemeen belang van zeer hoge orde beschouwd.
4. De vertrouwensrelatie is pregnant vanwege de exclusiviteit van de met het desbetreffende beroep samenhangende kennis en vaardigheden.

Ik heb al eerder als mijn mening uitgesproken dat beide gezichtspunten op zichzelf geen voldoende onderscheidend vermogen hebben. Hulpverlening niet, omdat èn ook andere belangen tot erkenning van een verschoningsrecht kunnen leiden èn lang niet iedere professionele hulpverlener kan uitgroeien tot een verschoningsgerechtigde. Vertrouwelijkheid niet, omdat hoe zeer ook vereist is een functioneren op basis van vertrouwelijke informatie, dit op zichzelf niet meer oplevert dan dat met behulp ervan de kapper, de winkelier om de hoek en de benzinepomphouder buiten de deur van een verschoningsrecht kunnen worden gehouden. Tot meer leidt het niet. Waar het op aankomt is hoe vertrouwelijkheid in de zin als door Verburg sub 2 en 3 en overigens ook door Wigmore (nr. 16) is geformuleerd, moet worden vastgesteld. Anders gezegd: wijzen op de noodzaak van vertrouwelijkheid voor een in het algemeen belang goed kunnen vervullen van de functie, heeft geen onderscheidend vermogen. Het constateert en omschrijft in andere woorden slechts de voor de erkenning van een verschoningsrecht verlangde maatschappelijke gepatenteerdheid van het ambt of beroep. De vaststelling van dit maatschappelijk patent is zonder nadere gezichtspunten, criteria zo men wil, niet mogelijk. In Engeland zoekt men deze in het specifieke karakter van

(189) Verburg, 1985 (noot 8), p. 42.

de juridische hulpverlening. Voor Nederland moeten dit andere zijn. In deze – lange – paragraaf heb ik ze uitgewerkt.

HOOFDSTUK III. AARD EN OMVANG VAN HET VERSCHONINGSRECHT

3.1. Het verschoningsrecht als een recht van de cliënt

51. Uit het voorgaande is af te leiden in welke relaties ik bereid ben in beginsel een verschoningsrecht te erkennen. Hiermee is echter nog niet beslist wie binnen deze relaties degene is die het recht kan geldend maken, noch of volstaan is aan de verdere vereisten van art. 1946 BW, art. 218 Sv. of een van de andere bepalingen, om een verschoningsrecht ook daadwerkelijk in de concrete situatie te kunnen uitoefenen. Deze beide kwesties behandel ik thans achtereenvolgens in par. 1 en 2 en in par. 3.

Als eerder gezegd wordt in Nederland, evenals in de meeste Westeuropese, continentale landen, de beroepsbeoefenaar als de verschoningsgerechtigde beschouwd. In de Common Law-landen is het daarentegen de cliënt aan wie het professional privilege toekomt. Ik heb al verschillende keren laten doorschemeren of ronduit gezegd dat naar mijn mening ook een verschoningsrecht het recht van de cliënt moet zijn en niet dat van de beroepsbeoefenaar. Laat ik ter adstructie en nadere uitwerking van dit standpunt beginnen met een precisering van de huidige stand van zaken in Nederland. Daaraan is wel behoefte, want het enkele feit dat het geldend maken van het recht in handen van de beroepsbeoefenaar is gelegd, betekent niet zonder meer en overal dat de cliënt lijdzaam diens beslissing moet afwachten. Tussen de Westeuropese, continentale rechtstelsels, die ik in het eerste hoofdstuk heb onderzocht, bestaan in dit opzicht aanmerkelijke verschillen.

Is de beroepsbeoefenaar tot verschoning verplicht? Kan hij daartoe (door de cliënt) gedwongen worden of, omgekeerd kan hij verplicht worden zich *niet* op een verschoningsrecht te beroepen? De kwestie is in de literatuur bekend als het leerstuk van het secret absolu. Er is al veel over geschreven, zodat ik, onder verwijzing daarnaar (190), mij meteen kan richten op het discussiepunt dat hier het meest relevant is: de toestemming van de cliënt. Mag de beroepsbeoefenaar ook in geval van toestemming van de cliënt verkiezen te blijven zwijgen? In 1905 oordeelde de NJV in grote meerderheid van niet. Voor preadviseur Tak was het ‘wanneer men zijn gezond verstand liet gelden en

(190) Zie hierover uitgebreid Verburg, 1975 (noot 7), p. 275 e.v., alsmede de hierna in de tekst genoemde preadviezen en boeken.

zich niet liet verteren door een star conservatisme' (p. 49/50), niet eens een vraag. In 1931 was deze meerderheid voor de Advocatenvereniging al aanzienlijk geslonken, ondanks het klemmende betoog van Verstegen. Spanjer schaarde zich in 1934 nog wel aan diens zijde in zijn preadvies voor de Broederschap van Candidaat-Notarissen, maar inmiddels was zich in de literatuur en jurisprudentie al een andere opvatting aan het afbakenen. Zo besliste bijvoorbeeld de Hoge Raad in een arrest van 17 februari 1928, NJ 1928, 727, dat 'de opvatting dat die bevoegdheid (om zich te verschonen. J.V.) werd beperkt of opgeheven doordat Van der Hallen goedkeurde en zelfs wenschte dat de getuige daarvan geen gebruik zou maken, in de wet geen steun vindt'. Petit oordeelde het in 1961 voor het Thijmgenootschap zelfs volstrekt irrelevant of de cliënt de beroepsbeoefenaar vrijheid van spreken gaf of niet. Eerder – in 1956 – had Telders al voor de Advocatenvereniging met succes het standpunt van Verstegen bestreden. De advocaat dient niet zonder meer naar de pijpen van de cliënt te dansen, was zijn mening. Petit en Telders naderden daarmee beiden het strikte Franse stelsel dat ook in België en Luxemburg wordt gevolgd: de zwijgplicht en het daarmee verbonden verschoningsrecht kan in principe slechts door een formele wet worden opgeheven (191).

Hazewinkel-Suringa neemt in haar Doolhof van het beroepsgeheim een tussenstandpunt in. De Franse leer noemt zij te stroef. Het Duitse (en Zwitserse) systeem dat geen verschoningsrecht meer aanvaardt wanneer de beroepsbeoefenaar bevoegd is de geheimhoudingsplicht te doorbreken – en daarvan is onder meer sprake bij toestemming van de betrokkene, zoals art. 385 lid 2 ZPO nog eens uitdrukkelijk bepaalt – gaat haar daarentegen te ver. In het bijzonder moet worden voorkomen dat andere (potentiële) cliënten zich geschokt zullen voelen in hun vertrouwen en daardoor geremd zullen worden in het consulteren van de beroepsbeoefenaar. In essentie deelt Verburg deze mening, zowel in zijn dissertatie als in zijn meest recente geschrift. De Hoge Raad heeft de argumentatie overgenomen in zijn beschikking inzake notaris Maas. Na vooropgesteld te hebben dat de grondslag van het verschoningsrecht is gelegen in een algemeen maatschappelijk belang en niet in het individuele belang van betrokkenen, overweegt hij als volgt:

(191) M. Delmas-Marty, A propos du secret professionnel, Recueil Dalloz Sirey, 1982, p. 267 e.v.; P. Decheix, Un droit de l'homme mis à mal: le secret professionnel, Recueil Dalloz Sirey, 1983, p. 133 e.v. Voor België: F. Erdman, Het beroepsgeheim naar Belgisch recht, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1984, p. 7/8; Van Neste, Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?, R.W. 1977/78, p. 128 e.v. met veel verwijzingen.

Daarom kan niet worden aanvaard de in het onderdeel verdedigde opvatting dat de omstandigheid dat het verhoor van de RC plaatsvindt op verzoek van de bewindvoerders in de surséance van de belanghebbende vennootschappen, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zou opheffen. Dit geldt ook indien – zoals het onderdeel tot uitgangspunt neemt – deze vennootschappen de notaris uit zijn geheimhoudingsplicht zouden hebben ontslagen. 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 er van zou kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken.

Toestemming van de cliënt is zelfs niet eens een omstandigheid die extra gewicht in de schaal legt wanneer de rechter toetst of een beroep op een verschoningsrecht gerechtvaardigd is. Aldus HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 120 inzake een advocaat die weigert ten behoeve van zijn voormalige cliënt te getuigen over een eerder door hem geschreven brief.

In de omgekeerde situatie zal de beslissing geen andere zijn. Gelet op de jurisprudentie acht ik de kans dat een cliënt er in zal slagen een beroepsbeoefenaar tegen diens wil te dwingen zich op een verschoningsrecht te beroepen, uiterst gering. Hierbij past dat de bewijskracht van door verschoningsgerechtigden afgelegde verklaringen op dezelfde wijze als al het andere tot bewijs kunnen strekken, zowel in het strafrecht als in het civiele recht (192). Enige toets aan de onrechtmatigheid of onbehoorlijkheid van het verkregen bewijs vindt niet plaats. Tenzij hij een strafuitsluitingsgrond kan aanvoeren, is de beroepsbeoefenaar alleen zelf strafrechtelijk aansprakelijk, maar de betrokken cliënt heeft daar weinig aan. Al met al blijft in Nederland, anders dan in de Bondsrepubliek, Zwitserland en Italië (193) en zeker anders dan in het recht van de Common Law-landen, weinig ruimte voor een daadwerkelijke inbreng van de cliënt over. De inbreng wordt beperkt tot het strafrechtelijk gedeelte: toestemming heft de strafbaarheid op en overtreding van art. 272 Sr. is een klachtdelict.

(192) Verburg, 1975 (noot 7), p. 289 e.v. onder verwijzing naar HR 27 november 1956, NJ 1957, 309 (verklaring van een arts betreffende de staat van dronkenschap van een autobestuurder) en HR 21 maart 1958, NJ 1958, 213 (verklaring van een notaris, die voor beide partijen was opgetreden, over de mogelijkheid van opzegging van een maatschap).

(193) Voor Italië geldt het vereiste 'zonder voldoende grond'. Spreken met toestemming van de partij is niet zonder voldoende grond.

52. Ik ben het daar hartgrondig mee oneens. Een beroep ontstaat en bestaat alleen maar, voorzover hier relevant, omdat en zolang er cliënten zijn. De beroepsuitoefening is er voor en ten behoeve van de cliënt. Het zijn primair diens belangen die worden behartigd, niet de belangen, de eer en de glorie van de beroepsbeoefenaar of zijn beroepsgroep. Het verschoningsrecht sluit hier in zoverre op aan dat *cliënten* niet weerhouden mogen worden van een gang naar de beroepsbeoefenaar doordat *achteraf* geopenbaard kan worden waarvan zij (de cliënten) vooraf dachten dat het geheim zou blijven. Is het dan niet wat aanmatigend en paternalistisch om wanneer deze cliënten *achteraf* in volle vrijheid verklaren geen prijs meer te stellen op geheimhouding, de definitieve beslissing over het geldend maken van het verschoningsrecht nagenoeg exclusief in handen van de beroepsbeoefenaar te leggen?

Hazewinkel-Suringa verdedigt dat aan een zekere bevoogding niet te ontkomen is. Zij stelt dat in vele gevallen het de betrokkenen ontbreekt aan de kennis van zaken, nodig om de betekenis en de draagwijdte van hun verlot tot vrijelijk spreken te overzien. Bij patiënten is dit schering en inslag, maar ook bij cliënten is niet steeds begrip aanwezig voor de gevolgen der door hen toegestane onthulling. Zij voorzien veelal niet, hoe de ene vraag de andere zal uitlokken, hoe rechter of wederpartij zullen doorstoten naar verten en diepten, die zij gans niet bedoelden te laten belichten. Die wijdere blik nu is de geheimhouder wel eigen (194).

Ik predik niet dat iedereen (even) mondig is. Dat zou niet juist zijn. Maar ik vind het evenmin juist om iemand op het moment dat hij naar een arts stapt of een advocaat raadpleegt, op voorhand het brevet van onmondigheid op te plakken. Ik geloof ook niet dat deze konsekwentie in de huidige tijd nog aanvaardbaar is. De ontwikkelingen gaan integendeel in de richting van een grotere nadruk op de positie van cliënten en patiënten: inzagerecht in dossiers (195), inspraak, beklagcommissies, versterking van de rechten van cliënten in tuchtrechtprocedures, actieve belangengroeperingen, met name in de medische en strafrechtelijke sector e tuti quanti. Ik verwijs in dit verband ook naar de sociologische literatuur over kenmerken van en criteria voor beroepsvorming en professionalisering, waarin een soortgelijke ontwikkeling

(194) Hazewinkel-Suringa, 1959 (noot 31), p. 152. Vergelijk ook met verdere verwijzingen Verburg, 1975 (zie noot 7), p. 283/5.

(195) Zie onder meer de verwijzingen in noot 124. Per 1 januari 1986 zijn de ongeveer 1 miljoen medische dossiers van de Gemeenschappelijke Medische Dienst (GMD) opengesteld ten behoeve van belanghebbenden. De KNMG gaat nog niet zo ver. Deze organisatie vindt dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid nog steeds bij de arts ligt (krantenberichten juli-december 1985).

wordt beschreven. Kort samengevat (196) is het betoog als volgt. Van oudsher waren de kenmerken van een 'volwaardig' beroep deskundigheid, technische vaardigheden, theoretische kennis, opleiding en bijscholing, organisatie, gedragscode en controle, waaronder het tuchtrecht. Deze kenmerken komen overeen met de eisen die ik in hoofdstuk II, par. 4 als belangrijke gezichtspunten voor de in principe-erkenning van een verschoningsrecht heb geformuleerd. Zij gingen, aldus de sociologische literatuur, meestal gepaard met een, in de relatie tot de cliënt, nogal verheven denken in termen van altruïsme en autonomie bij de beroepsbeoefening. De beroepsbeoefenaar is er voor de cliënt, maar hij weet het beter en dus is hij het die beslist. In de verschillende beroepscode en gedragsregels komt dit ook telkenmale tot uitdrukking. Dit beeld is gewijzigd doordat steeds meer nadruk is en wordt gelegd op de controleerbaarheid en externe verantwoording van het handelen van de professionele beroepsbeoefenaar. Inspraak en participatie worden onontkoombare factoren in het proces van professionalisering. Het beroep eist openheid en responsiviteit naar de 'afnemers'. Daarbij blijkt tevens dat de beroepsbeoefenaar niet alleen een altruïstische service-verlener is. Hij is ook iemand met zeer welbegrepen eigenbelangen: inkomen, status, prestige. Daar is niets verkeerd aan, maar dat moet ook op andere plaatsen tot correcties in de beeldvorming leiden, meer in het bijzonder wat betreft de autonomie van de beroepsuitoefening.

53. Ik constateer daarom met genoegen dat de Hoge Raad in zijn beschikking inzake notaris Maas het autonomie-argument niet heeft gehanteerd. In ieder geval is het niet expliciet gebeurd. De Hoge Raad beroept zich op twee andere, in de literatuur gangbare argumenten, te weten dat het verschoningsrecht niet in het individuele belang van een bepaalde cliënt is gegeven, maar zijn grondslag vindt in het maatschappelijke belang van een vrije, ongestoorde consultatie door de cliënt van een beroepsbeoefenaar en, als

(196) Het zou te ver voeren hier uitgebreid op in te gaan. De geïnteresseerde verwijs ik naar de volgende literatuur: A.L. Mok, *Professie en professionalisering*, SISW-studie, 1973; van der Krogt, Haessen en van Dijk, *Toetredingsreguleringen bij vrije beroepen*, 1979 en 1982 (Ministerie van Sociale Zaken); J. van Doorn, *Organisatie en maatschappij*, 1966, met name het hoofdstuk over organisatie en professionalisatie (p. 155-207); J. Jackson (ed.), *Professions and professionalization*, 1970; L. Taylor, *Occupational sociology*, 1968; R.M. Pavalko, *Sociology of occupations and professions*, 1971; A.K. Daniels, *Professionalism in formal organisations*, in: J.B. McKinlay (ed.), *Processing People*, 1975, p. 303-339; J.B. McKinlay, *Client and organisations*, t.a.p., p. 339-379; Dingwall and Lewis (ed.), *The sociology of the professions*, 1983 (onder meer over het cliëntenperspectief, altruïsme en eigenbelang).

tweede, dat een weigering van de cliënt de beroepsbeoefenaar uit de geheimhoudingsplicht te ontslaan in zijn nadeel kan worden uitgelegd met alle gevolgen vandiën voor anderen, die de stap naar de beroepsbeoefenaar nog moeten zetten.

Het eerste argument wordt met name tegengeworpen aan degenen die, zoals ik, betogen dat niemand gedwongen kan worden te 'profiteren' van een door de wet geboden bescherming, wanneer hij zelf te kennen geeft daaraan geen behoefte te hebben (197). Er is, zo wordt gezegd, sprake van een publiek belang. De behartiging van dat belang kan men niet in handen van de cliënt leggen, want hij is niet objectief en hij houdt bovendien geen rekening met de gevolgen van zijn handelen voor anderen, die in de toekomst een beroepsbeoefenaar zullen raadplegen. Dezen mogen niet kopschuw worden gemaakt en dat worden ze zeker, wanneer ze weten dat ze mogelijkcrwijs voor de vraag zullen worden gesteld de zwijgplicht van de beroepsbeoefenaar op te heffen.

Ik meen dat het argument niet opgaat. Het beste bewijs daarvoor is de situatie in de Common Law-landen. Ook in die landen dient het professional privilege algemene maatschappelijke belangen, hetzij als een resultaat van afwering van tegengestelde belangen, hetzij, zoals in Engeland, als een belang (the administration of justice) op zichzelf. Nergens wordt deze omstandigheid onverenigbaar geacht met een beslissingsbevoegdheid van de cliënt. Hetzelfde geldt in de Bondsrepubliek en in Zwitserland ten aanzien van de (minder vergaande) bevoegdheid van de cliënt de beroepsbeoefenaar het verschoningsrecht te ontnemen. Terecht naar mijn oordeel. Het algemene maatschappelijke belang van een vertrouwelijke gedachtenwisseling tussen cliënt en beroepsbeoefenaar wordt niet aangetast, wanneer een individuele cliënt achteraf op die vertrouwelijkheid geen prijs meer stelt. Pas wanneer alle cliënten of een aanzienlijk deel deze houding innemen (inneemt), is of kan daarvan sprake zijn. Maar dan heb ik er geen moeite meer mee. Het bewijst dat een verschoningsrecht niet langer aan de voorwaarden voor erkenning voldoet, althans dat daarover bij de direct betrokkenen twijfel bestaat. Het maatschappelijk belang dat met een verschoningsrecht wordt gediend is dat potentiële cliënten niet worden weerhouden beroepsbeoefenaren, indien zij daaraan behoefte hebben, te raadplegen en/of in vertrouwen te nemen uit

(197) Zie onder meer de nader MvA d.d. 7 mei 1985 en de zeer kritische reactie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak in een brief d.d. 27 september 1985. In de discussie over dit wetsontwerp is voorgesteld de partij-getuige een algemeen verschoningsrecht toe te kennen. Ik wijs er op dat dit een ander soort verschoningsrecht is dan het hier aan de orde zijnde professionele verschoningsrecht, dat alleen bestaanbaar is in een relatie van cliënt en beroepsbeoefenaar.

vrees dat alles toch bekend zal worden. Welnu, voor die vrees is geen reden, wanneer de cliënt zelf in beginsel degene is die over het al dan niet inroepen ervan beslist. Dan kan en mag het natuurlijk niet zo zijn – en daarmee kom ik op het tweede argument van de Hoge Raad – dat de uitoefening ervan in zijn nadeel wordt uitgelegd. Het hoeft ook niet. Er zal getoetst mogen worden aan specifieke gezichtspunten (hierna par. 3), alsmede, zoals bij ieder recht, aan maatschappelijke zorgvuldigheid, goede trouw of redelijkheid en billijkheid en aan misbruik van recht. Is echter het resultaat van deze toets negatief, dan staat niets meer aan het inroepen van het verschoningsrecht in de weg. Ik zie daarin geen enkel probleem. Hoe kan ooit de rechtmatige niet-uitoefening van een recht in het nadeel van de rechthebbende worden uitgelegd? Hoe is dat te rechtvaardigen? Alleen voor degenen die niet de cliënt, maar de beroepsbeoefenaar als verschoningsgerechtigde aanmerken, lijkt dit te kunnen, zij het ook die niet allemaal. Ik verwijs naar het voorbeeld van de Bondsrepubliek Duitsland. De Hoge Raad bezigde het nadeels-argument al in een beslissing van 26 juni 1933, NJ 1933, 1371, maar ik acht het allesbehalve overtuigend, zo niet onjuist, ook wanneer men, anders dan ik doe, het verschoningsrecht bij de beroepsbeoefenaar legt.

Los van de door de Hoge Raad gehanteerde en door mij verworpen argumenten, wijs ik nog op het volgende. Het maatschappelijk belang dat gediend wordt met een verschoningsrecht, wordt strafrechtelijk beschermd. Desondanks is dit publieke element niet van zodanig gewicht geoordeeld dat zonder de betrokken cliënt tot strafvervolgning kan worden overgegaan: art. 272 Sr. is een klachtdelict. Daarmee is de behartiging van het aan het verschoningsrecht ten grondslag liggende algemene, maatschappelijke belang op een zeer wezenlijke manier (mede) in handen van de cliënt gelegd. Waarom dit anders moet zijn bij de uitoefening van het verschoningsrecht zelf is mij te enen male onduidelijk.

54. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat een verschoningsrecht in beginsel aan de cliënt en niet aan de beroepsbeoefenaar dient toe te komen. Dit standpunt houdt in dat het er wat mij betreft niet toe doet of het zeer omstreden (197) art. 187a Ontwerp Nieuw Bewijsrecht, inhoudende de mogelijkheid een partij als getuige in eigen zaak toe te laten, wordt ingevoerd of niet. Op verschillende plaatsen in de vorige hoofdstukken heb ik deze vraag al opgeworpen (198). Ik beantwoord haar thans ontkennend. Invoering zal wel een argument temeer, maar niet zoals in Engeland het geval is geweest, het omslagpunt vormen voor een herverkaveling van de beslissings-

(198) Hiervoor nr. 9, 26 en 34.

bevoegdheid van cliënt en beroepsbeoefenaar bij het inroepen van een verschoningsrecht. De reden voor dit verschil is dat in Engeland de verandering in aard van het privilege mede veroorzaakt is door een verruiming van de discovery. Met deze verruiming is op de cliënt een documentatieplicht komen te rusten, die alle mogelijk relevante stukken omvat. Discovery houdt een garantie in dat recht kan worden gedaan op basis van een volledige openheid van zaken, voorzover althans opgenomen in dragers van leestekens. De partij als getuige voegt daar een strafrechtelijk gesanctioneerde waarheidsplicht ten aanzien van (andere) informatie en mededelingen aan toe. Het voorstel in Nederland beperkt zich tot dit laatste. In de positie van partijen en rechter bij het vaststellen van de feitelijke grondslag van het geschil, komt geen verandering, hoe zeer ik ook besef dat de grenzen vaak allesbehalve scherp zijn en dat bij het getuigenverhoor verkregen informatie niet uitsluitend betrekking zal hebben op reeds eerder in de procedure gestelde feiten en omstandigheden, waaromtrent partijen van mening verschillen. Desondanks: toelating van de partij als getuige alleen kan het toekennen van een verschoningsrecht aan de cliënt niet dragen, wel ondersteunen. Beslissend gezichtspunt is en blijft voor mij de positie en onderlinge verhouding van cliënt en beroepsbeoefenaar, zoals ik die in het voorgaande heb geschetst.

Aan die positie en onderlinge verhouding wordt niet voldoende recht gedaan, wanneer men zou volstaan met de (geclausuleerde) erkenning van een recht van de cliënt de beroepsbeoefenaar uit zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan. Praktisch gezien is er weliswaar in zoverre geen verschil met mijn benadering, dat beide leiden tot een niet-strafrechtelijke aansprakelijkheid. In het ene geval omdat sprake is van een strafuitsluitingsgrond, in het andere geval omdat de geheimhoudingsplicht niet geschonden is, aangezien deze slechts bestaat zolang en in zoverre een verschoningsrecht wordt ingeroepen. Belangrijker is dat men zich niet langer kan beperken tot een afbakening van de bevoegdheden van cliënt en beroepsbeoefenaar ten aanzien van het niet-inroepen van een verschoningsrecht. Men zal tevens moeten bepalen wat geldt in de omgekeerde situatie, dat beslist moet worden over het wel inroepen ervan. Is men ook dan van oordeel dat, behoudens zwaarwegende bijzondere omstandigheden, de cliënt het voor het zeggen heeft, dan is de toekenning van het verschoningsrecht aan de cliënt in plaats van aan de beroepsbeoefenaar niet meer dan de konsekwente uitdrukking van hun beider juridische positie en onderlinge verhouding.

55. Tenslotte: ook praktische argumenten pleiten voor dit (mijn) standpunt. Zij hangen samen met het feit dat de wettelijke regeling van het verschoningsrecht thans slechts het getuigenbewijs door derden omvat en met name

niet de gevolgen op het terrein van het algemeen procesrecht en de rest van het bewijsrecht. Deze gevolgen zijn dan ook hoogst onduidelijk. Bijvoorbeeld of een partij tijdens een inlichtingencomparitie mag zwijgen omtrent hetgeen vertrouwelijk aan een beroepsbeoefenaar is medegedeeld en ten aanzien waarvan deze een verschoningsrecht heeft. Indien ja, welke procedure geldt daarbij? Is appèl en/of cassatie mogelijk? Moet de verschoningsgerechtigde zelf in het geding worden betrokken en worden gevraagd of hij zich op zijn verschoningsrecht zal beroepen? Soortgelijke vragen rijzen ten aanzien van de productie van stukken, het gemotiveerd stellen of ontkennen van relevante feiten en omstandigheden, het schriftelijk bewijs en de partij-getuigenverklaring wanneer deze wordt ingevoerd (199). Andere problemen, maar niet minder nijpend, doen zich voor met betrekking tot rechtspersonen die de contacten met bijvoorbeeld advocaten door hun bedrijfsjuristen laten onderhouden. Die zijn meestal bekwaam om te getuigen. Kan en mag dat wel wanneer de informatie die gevraagd wordt bij de beroepsbeoefenaar geprivilegieerd is?

Ik signaleerde deze kwesties al eerder (200) zonder andere oplossing dan dat het mij redelijk leek dat wat een verschoningsgerechtigde niet hoeft te vertellen ook niet door zijn cliënt hoeft te worden medegedeeld. Of dit geldend recht is, is onzeker. Heemskerk bijvoorbeeld stelt in zijn noot onder HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188 dat in zo'n geval de cliënt wel moet spreken. In een stelsel waarin het verschoningsrecht aan de cliënt toebehoort, levert deze kwestie, evenals de meeste andere, nauwelijks problemen op. Ze worden rechtstreeks door het verschoningsrecht bestreken. Nadere voorzieningen zijn niet nodig, behalve dat ik het wenselijk vind de procedure te regelen (nr. 65). Naar huidig recht is dit een gemis.

Het enige dat, ook in mijn benaderingswijze, bijzondere aandacht vraagt is de werking van een verschoningsrecht bij rechtspersonen. Ik verwijs naar het Amerikaanse Upjohn-arrest betreffende het corporate attorney-client privilege (nr. 21). Zolang het om bedrijfsjuristen gaat, valt de beslissing nog wel mee, omdat het in het algemeen tot hun taak zal behoren de juridische aspecten van bepaalde zaken ook in relatie tot externe deskundigen te behartigen. Moeilijk zijn vooral de andere gevallen. Ik zou niet de maatstaf willen hantieren van het Frank Liberty-arrest: 'in overwegende mate beslissingsbevoegd'

(199) Te denken is ook nog aan het verhoor op vraagpunten en de eedsaflegging omtrent vertrouwelijke informatie. Bij toelating van de partij als getuige verdwijnt de eed als bewijsmiddel.

(200) Hiervoor nr. 9 en 33.

(201) of van het Kleuterschool Babel-arrest: ‘in het maatschappelijke verkeer te beschouwen als gedraging van de rechtspersoon’ (202). Beide betreffen de positie van de rechtspersoon ten opzichte van derden. Bij het verschoningsrecht gaat het veel meer om een interne kwestie tussen rechtspersoon en advocaat (beroepsbeoefenaar). De door het Supreme Court in de Upjohn-case geformuleerde subnormen zijn daarop toegesneden en zouden ook in Nederland goede diensten kunnen bewijzen:

1. The communications were made by corporate employees to corporate counsel upon order of superiors in order for the corporation to secure legal advice from counsel;
2. The information needed by corporate counsel in order to formulate legal advice was not available to upper-level management;
3. The information communicated concerned matters within the scope of the employee’s corporate duties;
4. The employees were aware that the reason for communication with counsel was so the corporation could obtain legal advice;
5. The communications were ordered to be kept confidential and they remained confidential.

Alleen met de tweede en de vijfde sub-norm heb ik enige moeite. Met de tweede, omdat het laten afhandelen van zaken op een ander niveau dan het hoogste, zeer wel kan zijn ingegeven door een op goede gronden berustende taakverdeling. Aan de vijfde sub-norm zou ik willen toevoegen dat de inhoud wel bekend mag worden aan degenen binnen de organisatie die daarvan redelijkerwijs op de hoogte moeten zijn.

3.2. De rechtspositie van de beroepsbeoefenaar en de rechterlijke controle op het invoeren van een verschoningsrecht door de cliënt

56. Evenmin als naar huidig recht is in mijn opvatting het verschoningsrecht absoluut. Het geldend maken van het recht is altijd onderworpen aan controle door de rechter, terwijl ook de beroepsbeoefenaar zeker niet buiten spel staat.

Wat de laatste betreft, zal het veelal zo zijn dat de cliënt zijn standpunt bepaalt in overleg met de beroepsbeoefenaar. De beroepsbeoefenaar kan, wanneer hij als getuige wordt gedagvaard, niet zelf beslissen. Hij zal moeten informeren naar het standpunt van zijn (voormalige) cliënt. Daarover zal over-

(201) HR 4 juni 1976, NJ 1977, 336 alsook HR 27 januari 1984, NJ 1984, 545 inzake Werkvoorzieningschap/Koma.

(202) HR 6 april 1979, NJ 1980, 34.

leg worden gevoerd en dat alleen al is vergeleken met de huidige situatie een verbetering. In dat overleg zal het pro en contra van openbaarmaking worden afgewogen en het is te verwachten dat de zienswijze van de beroepsbeoefenaar vaak zwaar zal wegen. In zoverre blijft de beroepsbeoefenaar diepgaand bij de beslissing betrokken. Alleen in gevallen van conflict of uiteenlopende visies zal de cliënt waarschijnlijk een onafhankelijke koers varen. Maar ook dan behoudt de beroepsbeoefenaar een eigen verantwoordelijkheid. Er kunnen zich situaties voordoen, waarin hij ernstig meent te moeten spreken, maar de cliënt het verschoningsrecht heeft ingeroepen of omgekeerd. Ik doel hierbij niet op wettelijke regelingen die de beroepsbeoefenaren tot openbaarmaking dwingen (ziekten, geboorteaangiften, overlijdensverklaringen), maar op ethisch geladen kwesties (203). Bijvoorbeeld een patiënt van een medicus-psychiater, bij wie onverwacht geweldsuitbarstingen jegens zichzelf en zijn omgeving gevreesd kunnen worden. Moet de psychiater de huisgenoten, familieleden, vrienden of burens waarschuwen? De advocaat die de naam van de echte dader verneemt van een cliënt, moet die toezien hoe iemand anders wordt veroordeeld? Mocht de advocaat van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds blijven zwijgen, toen hij een vermoeden kreeg van strafbare feiten? De beroepsbeoefenaar hoeft niet geheel en al aan de leiband van zijn cliënt te lopen. Als hij meent dat hij dat niet moet doen, kan hij anders. Een procedure is daarvoor niet nodig (204). Zijn al dan niet gelijk wordt achteraf beoordeeld: in een strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke procedure.

Een sterkere rechtspositie ken ik aan de beroepsbeoefenaar toe wanneer zijn eigen positie in het geding is. Bijvoorbeeld bij een aansprakelijkheid wegens beweerde kunstfouten of bij beschuldigingen die zijn eer en goede naam aantasten. Voorzover de procedure gevoerd wordt tussen beroepsbeoefenaar en (voormalige) cliënt, moeten beiden vrij zijn om te spreken. Het gaat niet aan de beroepsbeoefenaar de mogelijkheid zich tegenover zijn cliënt te verdedigen, door de cliënt te laten ontnemen. De beroepsbeoefenaar zal alleen eventuele belangen van derden moeten ontzien, maar dat kan ook op een andere manier worden gerealiseerd dan met behulp van een verschoningsrecht. Ik denk aan het doorstrepen van namen, het niet toelaten van vragen en dergelijke meer. Deze situatie deed zich voor in de zaak van notaris Maas. De notaris was door de bewindvoerders van de belanghebbende drie OGEM-vennootschappen uit zijn geheimhoudingsplicht ontslagen. Belanghebbend

(203) Zie voor andere voorbeelden met name Tak, preadvies NJV 1905, p. 60 c.v.; Hazewinkel-Suringa (noot 31), 1959, p. 102-111.

(204) Dit zou naar huidig recht, wanneer de cliënt anders zou willen, wel moeten.

waren eveneens de banken, de overgebleven directeur van de drie vennootschappen, de afgetreden directeuren, de commissarissen en een aantal andere vennootschappen. In deze omstandigheden kan het gerechtvaardigd zijn de notaris, wanneer geen verschoningsrecht wordt erkend, te laten zwijgen over (sommige van) de aan hem voorgelegde vragen.

Een andere situatie ontstaat wanneer een *derde* de beroepsbeoefenaar aansprakelijk stelt, bijvoorbeeld voor achteraf ten onrechte gedane erkenningen en toezeggingen, of wanneer de beroepsbeoefenaar een derde aanspreekt. Ook dan heeft de beroepsbeoefenaar een groot eigen belang om te spreken waar zwijgen plicht is, maar dat belang kan botsen met dat van zijn cliënt. Zonder een preciese richtlijn te kunnen aanreiken, meen ik dat de stem van de cliënt niet zonder meer doorslaggevend is. De opvatting dat deze last nu eenmaal bij ieder beroep past en lijdzaam gedragen moet worden, kenmerkt wellicht het tot op zekere hoogte nog steeds gangbare altruïstische service-ideaal en is misschien nog heroïsch ook. Noblesse oblige. Mij spreekt het niet erg aan.

Een volgende categorie gevallen betreft die waarin de beroepsbeoefenaar voor meerdere partijen is opgetreden. Ik heb al gezegd (nr. 44) dat ik in procedures tussen de cliënten onderling geen verschoningsrecht erken, wel in procedures tegen of door derden. Dan gelden de normale regels, zij het – zo voeg ik er thans aan toe – met deze bijzonderheid dat wanneer slechts een partij in de procedure is betrokken, die de beroepsbeoefenaar vraagt om te getuigen, aan deze beroepsbeoefenaar het recht toekomt de belangen van de andere partij(en) in de afweging te betrekken, gegeven althans dat deze wel het verschoningsrecht zou(den) willen inroepen. Ook in dit opzicht behoudt de beroepsbeoefenaar een eigen beslissingsbevoegdheid, al is deze over het geheel genomen natuurlijk sterk teruggedrongen. Desondanks is zij naar mijn mening ruimer dan in de omgekeerde situatie van het huidige recht voor de cliënt wordt aangenomen.

57. In verschoningszaken is behalve de cliënt en de beroepsbeoefenaar ook de rechter op een zeer wezenlijke manier betrokken. De rechter beslist over de in principe-erkenning van een verschoningsrecht in een bepaalde relatie. Evenzeer is hij het die moet beslissen of aan de verdere vereisten voor de daadwerkelijke uitoefening van het recht in de concrete situatie is voldaan. Dit is nodig omdat, als eerder gezegd, het feit dat een verschoningsrecht in beginsel kan passen en de voorwaarden als aangegeven in hoofdstuk II vervuld zijn, nog niet betekent dat in het concrete geval dit recht ook bestaat. Hoe grondig mag de rechter bij de ene of andere beslissing – met name natuurlijk bij de laatste, omdat die meer dan de eerste afhangt van de feiten van

het geval – toetsen? Opgemerkt wordt meestal dat degene die zal moeten uitleggen waarom omtrent een bepaalde kwestie niets kan worden verklaard dan wel waarom bepaalde documenten niet kunnen worden overlegd, meestal iets aan de openbaarheid zal moeten prijsgeven wat hij juist verborgen wilde houden. De conclusie lijkt duidelijk: aan de verschoningsgerechtigde moet een ruime beoordelingsmarge worden gelaten. Dat gebeurt dan ook, zij het niet overal op dezelfde manier. In de Bondsrepubliek bijvoorbeeld moet ingevolge art. 386 ZPO de getuige die zich op een verschoningsrecht beroept, de redenen die hij daarvoor meent te hebben, vermelden en aannemelijk maken. Lid 2 bepaalt echter dat onder meer in gevallen van beroepsbeoefenaren, voor die aannemelijkheid voldoende is een op ambts- of beroepseed opgemaakte verklaring. Op grond van deze verklaring is de rechter verplicht te oordelen dat het verschoningsrecht terecht is ingeroepen.

In Frankrijk, België, Luxemburg en Nederland wordt de beoordelingsmarge van de verschoningsgerechtigde feitelijk gerealiseerd en gewaarborgd door een terughoudende opstelling van de rechter. Voor Nederland heeft de Hoge Raad dit recent tot twee keer toe benadrukt. In 1968 inzake de reclasseringsambtenaar had de Hoge Raad de beslissing in deze nog tot een feitelijke kwestie, ter beoordeling van de lagere rechter, bestempeld. In de notaris Maas-beschikking daarentegen heeft hij de grens heel nauw getrokken. Het Hof had beslist dat de notaris alleen dan geen verschoningsrecht toekwam wanneer buiten redelijke twijfel was dat met de gevraagde getuigenis niet werd getreden in de vertrouwenssfeer van het ambt. Het cassatiemiddel bestreed dit criterium als te eng. De Advocaat-Generaal Biegman-Hartog was het daarmee eens. Naar haar mening gaat het te ver om het oordeel (205) of de gevraagde getuigenis wel als zodanig toevertrouwde wetenschap betreft, zozeer in handen te laten van degene die zich in de procedure op een verschoningsrecht beroept en dit oordeel van de betrokkene door de rechter slechts zo marginaal te laten toetsen als het Hof aangeeft. Daarvoor is volgens haar ook geen steun te vinden in art. 1946 BW, noch in de rechtspraak. In dit verband verwijst zij tevens naar het Europese Hof in de AMS-zaak, waar dat Hof de beslissing over het al dan niet vertrouwelijke karakter van de briefwisseling ook aan zich trok en niet aan de Commissie wilde overlaten. Het verschoningsrecht, zo concludeert de Advocaat-Generaal, berust op een afweging van belangen en die afweging moet dan ook daadwerkelijk worden

(205) Deze gegevens ontleen ik aan de tweede – op dit moment nog niet gepubliceerde – conclusie in die zaak. Ik dank mijn voormalige patroon, mr. C.D. van Boeschoten, voor het mij ter beschikking stellen van een exemplaar ervan.

gemaakt. In casu door te toetsen of ten aanzien van (volmachten tot) hypotheekverleningen het algemeen belang wel geheimhouding vordert. Zij komt tot een negatief antwoord.

De Hoge Raad beslist anders.

Het Hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, zoals in de beschikking van de RC werd voorgestaan, tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast (r.o. 3.7).

De aard van het verschoningsrecht brengt mee dat vragen niet behoeven te worden beantwoord, zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zal kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven (r.o. 3.5.). Dezelfde overwegingen zijn in essentie herhaald in HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985, 120 inzake de advocaat die ten behoeve van zijn voormalige cliënt weigert te getuigen over een eerder geschreven brief.

58. Doorslaggevend in de argumentatie van de Hoge Raad is de rechtszekerheid, opgevat als voorspelbaarheid van rechterlijke beslissingen. De burger moet weten waar hij aan toe is. Daarom ook mag geen onderscheid worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens, tussen de controle- en de adviesfunctie van bijvoorbeeld registeraccountants of tussen de verschillende hoedanigheden van beroepsbeoefenaren, wanneer dat verschil niet meteen in het oog springt. Het rechtszekerheidsargument zal eveneens ten grondslag liggen aan de uitspraken van de Hoge Raad waarin hij ten aanzien van de klassieke verschoningsgerechtigden het bestaan van een verschoningsrecht vooropstelt (notaris Maas en de beide beschikkingen inzake advocaten).

De gedachte is dat potentiële cliënten de garantie moeten hebben dat vertrouwelijke gegevens ook vertrouwelijk kunnen blijven, omdat zij anders, in strijd met het algemeen belang, beroepsbeoefenaren niet meer zullen consulteren dan wel minder zullen vertellen. Het is de steeds opnieuw terugkerende gedachte in de discussies over het verschoningsrecht. Ik heb haar eerder vermeld én bij de ratio van het verschoningsrecht én bij de betekenis die moet worden gehecht aan toestemming van de cliënt. Alleen is zij deze keer (expliciet) gehuld in het kleed van de rechtszekerheid.

Rechtszekerheid niet als Assepoester, maar als Doornroosje van de rechts-

vinding in verschoningszaken (206). Wat hiervan te denken? Cijfers ontbreken en zolang die er niet zijn, zal het werkelijkheidsgehalte van het rechtszekerheidsargument wel nooit met veel precisie bepaald kunnen worden. Ook niet op een andere manier, althans niet in het algemeen. Er bestaat geen katalogus van bij de rechtsvinding relevante gezichtspunten, waaronder de rechtszekerheid. Iedere poging in die richting is tot mislukken gedoemd. Een discussie over de rechtszekerheid in de vorm van een debat pro of contra, is daarmee eveneens uitgesloten. Het blijft schatten en gissen met als gevolg dat waarschijnlijk een grote plaats moet worden ingeruimd voor persoonlijke opvattingen en waarderingen. Ik zelf worstel bijvoorbeeld voortdurend met de vraag of een burger zich wel zo sterk als verondersteld wordt, laat leiden door de te verwachten rechtsgevolgen. De toename van het aantal rechtshulpverleners en van de sociale hulpverlening, meestal zonder verschoningsrecht, wijst daar bepaald niet op. Een ander punt waar ik het gevoel heb dat overdreven wordt, is de stelling dat cliënten zonder (zekerheid omtrent de omvang van het) verschoningsrecht, informatie zullen achterhouden. Ik ben geneigd te antwoorden dat een beroepsbeoefenaar daarmee zeker niet altijd genoegen neemt. Leemten, onduidelijkheden en tegenstrijdigheden zal hij met de cliënt bespreken, wanneer althans dat voor een succesvolle behandeling van de zaak nodig is. Alleen indien dat niet het geval is – en dat kan per beroepsgroep en zelfs per activiteit verschillen –, zal hij het verhaal van zijn cliënt accepteren. Tegenover mijn scepsis staan echter opvattingen van anderen. Geen van allen zullen wij ons gelijk kunnen bewijzen.

Toch wil ik pogen iets meer houvast te bieden (207). Wat mij belangrijk lijkt is na te gaan waarover zekerheid moet bestaan. Is dat over de terughoudendheid van de rechter bij de controle op het uitoefenen van het verschoningsrecht – om mij tot dit deel van de taak van de rechterlijke controle te beperken – of over de door de rechter aan die uitoefening te stellen eisen? Ik wil met klem verdedigen dat het vooral om het laatste moet gaan. Zo acht ik in de zaak van notaris Maas relevant dat een verschoningsrecht er niet toe strekt cliënten van de beroepsbeoefenaar of derden te vrijwaren voor aansprakelijkheid wegens illegale of frauduleuze handelingen. Wat mij betreft had de rechter daaraan mogen toetsen, zoals hij dat in alle gevallen dat een vermoede-

(206) Vergelijk de bijdrage van L.D. Pels Rijcken, Rechtszekerheid. Assepoester van rechtsvindingstheorieën, in: *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), 1979, p. 309 e.v. Zie ook H. Drion, Het rechtszekerheidsargument, in: *De hanteerbaarheid van het recht* (L.D. Pels Rijcken-bundel), 1981, p. 1 e.v.

(207) En ook meer houvast dan de stelling dat het rechtszekerheidsargument relatief is, dit wil zeggen mede afhangt van het gewicht van andere argumenten en bovendien van geval tot geval verschilt.

den in die richting gerechtvaardigd lijkt, mag doen. Voor terughoudendheid is geen reden. De duidelijkheid is er integendeel mee gediend dat men weet zich in dit soort gevallen niet achter de beroepsbeoefenaar te kunnen verschuilen. Bij gegrondbevinding van het vermoeden zal geen verschoningsrecht erkend kunnen worden. Met *rechtmatige* belangen van derden kan de rechter rekening houden door vragen te beletten of anderszins, al naargelang de situatie. Daarbij zal mede betekenis toekomen aan het al dan niet reeds bekend zijn van de gevraagde informatie. In de zaak van notaris Maas was daarvan sprake door de getuigenverklaringen van enkele voormalige commissarissen en directeuren van de betrokken OGEM-vennootschappen.

In de zaak van de advocaat bepleit ik eveneens een verdergaande toetsing. De feiten zijn als volgt. Een advocaat, optredend voor de man in een (echt)scheidingsprocedure, vermeldt in een schrijven aan de raadsman van de vrouw, dat de man in de loop der jaren een bedrag van f 62 000 gemeenschappelijke spaarcenten in casino's heeft verspeeld. De vrouw vordert enige tijd later vergoeding van de schade die zij door het handelen van de man heeft geleden, te weten f 31 000. Zij beroept zich op de brief van de advocaat. De man ontkent de juistheid van de door de advocaat gedane uitlating en brengt hem, na hem uit zijn geheimhoudingsplicht te hebben ontslagen, als getuige naar voren. De advocaat verklaart daarop zich van het afleggen van getuigenis te willen verschonen. Hij vindt de Hoge Raad aan zijn zijde. Het argument is dat de rechtszekerheid eist dat de rechter niet treedt in de ruime beoordelingsmarge van de verschoningsgerechtigde. Zodra de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of beantwoording van de te stellen vragen naar waarheid kan geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven, mag de verschoningsgerechtigde zwijgen.

Ik vind dit een weinig verdedigbare beslissing, ook in het stelsel waarin het verschoningsrecht aan de beroepsbeoefenaar toekomt en toestemming van de cliënt hem dat recht niet ontnemt. Het rechtszekerheidsargument keert zich hier tegen zichzelf. De beslissing zet de deuren wagenwijd open voor chicanes en onrechtvaardigheden. De advocaat (beroepsbeoefenaar) die een scheve schaats heeft gereden, beroept zich op zijn verschoningsrecht en is op eenvoudige wijze van zijn aansprakelijkheid bevrijd (208). De partij die hiermee geen genoegen neemt – en waarom zou zij? – rest niet anders dan de advocaat (beroepsbeoefenaar) zelf wegens een beroepsfout aansprakelijk te stellen. Of zou ook dan het verschoningsrecht tot afwijzing van de vordering leiden? Ik acht deze konsekwentie ongerijmd, maar gelet op de wijze waarop

(208) De procureur heeft deze eenvoudige mogelijkheid niet. In een désaveuprocedure kan zijn aansprakelijkheid worden vastgesteld.

de Hoge Raad de rechtszekerheid hanteert tegen de belangen van cliënten in, niet ondenkbaar. In het andere geval zal de beroepsbeoefenaar zich naar alle waarschijnlijkheid (mogen) verdedigen en dan komt vanzelf de informatie over wat gebeurd is boven tafel. Het verschoningsrecht van de beroepsbeoefenaar wordt dan alsnog feitelijk doorbroken door hem zelf aansprakelijk te stellen. Ik heb daar in gevallen waarin alleen de belangen van (voormalige) cliënt en beroepsbeoefenaar op het spel staan, in het geheel geen moeite mee. Maar waarom deze omweg? De Hoge Raad had dat moeten vermijden door, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, geen verschoningsrecht aan te nemen. Met andere woorden precies de omgekeerde beslissing als thans is genomen. De uitzonderlijke omstandigheden kunnen de eerder vermelde ethisch geleden situaties betreffen, ze kunnen ook in belangen van derden zijn gelegen. Zij moeten in ieder geval door de verschoningsgerechtigde aangenemelijk worden gemaakt. Ook bij de beoordeling daarvan zou ik de mate van terughoudendheid die de Hoge Raad in de beide besproken beschikkingen aan de dag heeft gelegd, te groot achten.

In de zaak van de belastingconsulent, die op het moment dat ik dit schrijf nog niet door de Hoge Raad is beslist (209), zijn de in beslag genomen documenten verdeeld in twee dozen met het opschrift *aangiftedossier* en *adviesdossier*. In het aangiftedossier zijn opgenomen de gegevens en justificatoire bescheiden ten behoeve van de aangifte. Deze zullen zonder meer moeten worden overgelegd. Gesteld dat ten aanzien van de verstrekte adviezen een verschoningsrecht moet worden erkend, zal de rechter dan de mededeling van de belastingconsulent dat in het adviesdossier alleen maar is opgenomen wat het opschrift aangeeft, zonder nadere toets respecteren? Ik kan mij dat niet voorstellen en zou dat ook onjuist vinden. Adviezen steunen op gegevens en documenten die de cliënt aan de beroepsbeoefenaar heeft overhandigd. Het concrete geval vormt daarop geen uitzondering, zoals in de stukken ook is erkend. Die gegevens en documenten zijn niet onder het verschoningsrecht begrepen en zullen er derhalve uitgelicht moeten worden. De rechter kan aan de cliënt of aan de beroepsbeoefenaar vragen een eerste selectie te maken, zodat hij zelf met een vluchtige controle kan volstaan, maar helemaal terugtreden mag hij niet.

59. Ik heb derhalve geen bezwaar tegen een actievere opstelling van de rechter in verschoningszaken. Wat mij betreft is hij in een aantal gevallen daartoe zelfs verplicht en mag hij zich niet beperken tot een eenvoudig ja of neen op

(209) Met dank aan de advocaat van de belastingconsulent, mr. L.J.M. Luchthand, voor inzage in het dossier.

het verschoningsrecht. Een aantasting van de rechtszekerheid vrees ik daarvan niet. Rechtszekerheid is voor mij niet pas gerealiseerd wanneer de rechter bij het vaststellen van omvang en inhoud van het verschoningsrecht, het door de verschoningsgerechtigde ingenomen standpunt alleen maar marginaal controleert. Een verschoningsrecht berust op een afweging van belangen met uiteindelijk het laatste woord aan de rechter. Wanneer deze omwille van de rechtszekerheid die afweging in concreto niet meer mag maken, kan ik daarin niets anders zien dan een dénaturering van het verschoningsrecht. Aan de rechtszekerheid wordt dan een verkeerde en in ieder geval een veel te absolute waarde gehecht.

Rechtszekerheid genomen in de zin van voorspelbaarheid van beslissingen, neemt genoeg met duidelijkheid. Duidelijkheid zowel omtrent de eisen die moeten worden gesteld aan de erkenning als duidelijkheid omtrent de eisen die moeten worden gesteld aan de uitoefening van het verschoningsrecht. Onlosmakelijk hiermee verbonden, is dat ook duidelijkheid moet bestaan over de procedure, waarin beslist wordt of het beroep op een verschoningsrecht slaagt of niet. In par. 3 bespreek ik de eisen, waaraan getoetst moet worden en in par. 4 de procedurevoorschriften.

Tot slot van deze paragraaf merk ik op dat het voor het door mij gehanteerde begrip rechtszekerheid onverschillig is of het verschoningsrecht aan de beroepsbeoefenaar dan wel aan de cliënt toekomt. Afgezien van enkele, geringe verschillen gelden de inhoudelijke eisen en de procedurevoorschriften in zowel de ene als de andere benaderingswijze. Wel zal het zo zijn dat het velen ietwat gemakkelijker valt een verdergaande toetsing door de rechter ten opzichte van de cliënt te accepteren dan ten opzichte van de beroepsbeoefenaar. Rond de beroepsbeoefenaren hangt nog steeds een waas van hoge gekwalificeerdheid, ook in morele zin. De invloed van 'schroom of angst, gewichtigdoenerij, overschatting van eigen positie, morele bezwaren of louter gemakzucht', zoals het Amsterdamse Hof het eens formuleerde (2:0), wordt bij hen minder groot geacht dan bij cliënten. Of dit terecht is, is niet relevant. Het is een feit en dit feit vormt een argument temeer voor de benaderingswijze van het verschoningsrecht als een recht van de cliënt, omdat het er toe leidt dat de controlerende taak van de rechter niet aan onnodige of onterechte beperkingen wordt onderworpen geacht.

3.3. De taak van de rechter nader ingevuld

60. De eisen voor *erkenning* van een verschoningsrecht, dit wil zeggen de voor-

(210) Hof Amsterdam, 15 februari 1945, NJ 1946, 342.

waarden waaronder in relaties van cliënten en beroepsbeoefenaren in beginsel een verschoningsrecht toelaatbaar is, heb ik in het vorige hoofdstuk uitvoerig besproken. Zij variëren van waarborgen voor deskundigheid en organisatiegraad tot aard en inhoud van de functie en onafhankelijkheid. Of ze vervuld zijn, is onderworpen aan het oordeel van de rechter. De rechter toetst volledig en kan dat ook doen, omdat het in overwegende mate gaat om de afweging van betrekkelijk algemene gezichtspunten. Twijfelgevallen zullen er altijd zijn – met name bij zeer uiteenlopende beroepsvelden, bij dubbel functies en bij het behartigen van de belangen voor meerdere partijen tegelijk –, maar onmiskenbaar is dat een verschoningsrecht eerder uitzondering dan regel is. In dit opzicht weet de burger heel precies waar hij aan toe is. Ik volsta met een verwijzing.

Slechts twee bijzonderheden, die voortvloeien uit mijn benaderingswijze van de cliënt als subject van verschoning, vermeld ik speciaal. De eerste is dat in geschillen tussen (voormalige) cliënten en beroepsbeoefenaren een verschoningsrecht in beginsel niet past. De tweede is dat de rechter niet hoeft te toetsen of de beroepsbeoefenaar een geheimhoudingsplicht heeft. Een strafrechtelijke gesanctioneerde geheimhoudingsplicht is geen voorwaarde meer voor erkenning van een verschoningsrecht. Of sprake is van zo'n geheimhoudingsplicht, is nog slechts relevant in een strafproces na een klacht van de verschoningsgerechtigde cliënt dat de beroepsbeoefenaar geprivilegieerde informatie openbaar heeft gemaakt, zonder zijn toestemming of zonder dat het verschoningsrecht was prijsgegeven.

Hiermee hangt samen dat de kwestie van het afgeleide of collectieve geheim – de beroepsbeoefenaar schakelt zijn personeel of andere beroepsbeoefenaren in – ook anders gesteld wordt. Het gaat niet meer om de vraag of op deze personen een afgeleide of collectieve geheimhoudingsplicht rust, maar of het verschoningsrecht van de cliënt zich ook tot hun uitstrekt. Het antwoord luidt in beginsel bevestigend. Zeker ten opzichte van het personeel kan het moeilijk anders. Het omgekeerde geval – personeelsleden van de cliënt – besprak ik hiervoor in nr. 55.

Moeilijker is de situatie van de beroepsbeoefenaar die derden, al dan niet collega's, raadpleegt voor advies of rapportage (211). Ook de cliënt kan dat doen. In Engeland wordt de eis gesteld van een aanhangige of te voorziene procedure. Zo ver ga ik niet, alleen al omdat ik het verschoningsrecht ook in andere relaties dan tussen advocaat en cliënt erken. Wel zal het inschakelen van derden en zullen diens bevindingen een direct uitvloeisel moeten zijn van de door het verschoningsrecht bestreken behandeling van de zaak in de

(211) Hierover ook Verburg, 1975 (zie noot 7), p. 67 e.v.

relatie cliënt-beroepsbeoefenaar. Overleg met collega's voldoet hieraan. Een op verzoek opgemaakt rapport ter verduidelijking van de technische of medische aspecten eveneens. Een standaard opgemaakt rapport, bijvoorbeeld bij een ongeval door de bedrijfsveiligheidsdienst, daarentegen niet. Documenten die dat voordien niet zijn, worden niet geprivilegieerd door ze aan een beroepsbeoefenaar te overhandigen. Voor het overige kan als richtlijn het volgende worden aangehouden: de belangen van de cliënt moeten zo goed mogelijk worden behartigd. Daarbij past niet dat alle naspeuringen die men bij of via derden doet, openbaar moeten worden gemaakt. Zou men dat aangaan, dan zou ook iedere grond ontvallen aan een verschoningsrecht in de relatie van cliënt en beroepsbeoefenaar. Ik teken nog aan dat in het Nederlandse stelsel van civiel procesrecht het probleem zich pas in alle scherpte voordoet wanneer de van een derde afkomstige informatie niet door de partij in het geding is gebracht, maar wel bekend is en wordt opgevraagd door de wederpartij of door de rechter.

61. De grondigheid waarmee de rechter zijn controlerende taak dient te verrichten, is vooral een probleem ten aanzien van de eisen die worden gesteld aan de *uitoefening* van het verschoningsrecht. Deze eisen zijn van tweërlei aard. Enerzijds hebben ze betrekking op het object van verschoning, anderzijds op de verdere, vaak zeer concreet bepaalde omstandigheden van het geval.

Het object omvat alle vertrouwelijke gegevens, over en weer (212) tussen cliënt en beroepsbeoefenaar uitgewisseld, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, mits de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid is opgetreden en met het oogmerk zijn specifieke deskundigheid aan te wenden ten dienste van de cliënt. In deze omschrijving zijn enkele elementen opgenomen die niet precies te bepalen zijn. Dat is tot op zekere hoogte onvermijdelijk. Wat vertrouwelijk is of niet, of gegevens mondeling, schriftelijk dan wel door deductie, conclusie of (toevallige) waarneming zijn verkregen, is vaak niet te onderscheiden. Met het als zodanig-kriterium is het niet beter gesteld. Moeten de gegevens adequaat zijn voor de dienstverlening door de beroepsbeoefenaar? Wanneer treedt de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid op, wanneer niet? De vergelijking met het Strooppot-kriterium bij de onrechtmatige overheidsdaad dringt zich zonder veel vreugde op.

De kwesties zijn ook in de huidige opvatting van het verschoningsrecht sterk omstreden. De literatuur heeft er uitvoerige beschouwingen aan gewijd

(212) Dit is anders in de Bondsrepubliek. Daar is alleen de informatie van cliënt aan beroepsbeoefenaar geprivilegieerd.

(213). Het meningsverschil is echter minder principieel dan praktisch. Dat komt omdat van de rechter een grote terughoudendheid wordt gevraagd. Horen, zien, begrijpen, afleiden, ondervinden, toevalligheden of het al dan niet gewild zijn van gegevens: de rechter hoeft zich niet in de bron te verdiepen. Ik kan mij daarmee wel verenigen. De onderscheidingen zijn zo verfijnd dat de rechter in het algemeen pas na een zorgvuldige bestudering van de zaak tot een beslissing zal kunnen komen. Dat vind ik voor deze gevallen te ver gaan. Duidelijkheid verdient hier de voorkeur boven de nuance. Dit impliceert een zekere ruimhartigheid. De grens trek ik daar waar de samenhang met de beroepsuitoefening wordt verbroken. Bij een advocaat die voor de behandeling van een zaak inzage nodig heeft in artsen- en apothekersrekeningen en op die manier ontdekt aan welke ziekte zijn cliënt lijdt, is het verband nog aanwezig. Bij een arts die van zijn patiënt op zijn sterfbed hoort van het bestaan van een codicil, niet meer. Hij is in geen andere positie dan iedere willekeurige derde en zal desgevraagd moeten verklaren wat hem is medegedeeld. Dat geldt ook voor de redenen waarom het codicil is opgemaakt, wanneer althans deze redenen niet in de medische sfeer zijn gelegen, maar bijvoorbeeld betrekking hebben op het voldoen aan een morele plicht jegens een voor de familie verborgen gebleven voormalige concubine bij wie hij een niet-erkend kind heeft verwekt. De rechter zal de grenzen moeten vaststellen. Ik meen dat dit zonder veel bezwaar kan. De aard van het beroep en de soort vraag bieden veelal voldoende houvast.

Een tweede uitzondering maak ik voor schriftelijke stukken, waarop in mijn visie van de cliënt als verschoningsgerechtigde meer nadruk valt dan thans. Het verschoningsrecht strekt zich in beginsel alleen uit tot stukken die zijn opgemaakt *nadat* de relatie van cliënt en beroepsbeoefenaar is tot stand gekomen. Dit is eenvoudig te controleren en de rechter moet het dan ook doen. In het voorbeeld van de advocaat zullen desgevraagd de artsen- en apothekersrekeningen in het geding moeten worden gebracht. Overlegging zou wel kunnen afstuiten op het zeer persoonlijke karakter van de stukken, maar dat is geen vraag van professioneel verschoningsrecht. Ik herinner nog aan het geval van de belastingconsulent, waarin de stukken waren verdeeld in twee dozen met het opschrift aangiftedossiers en adviesdossiers (nr. 58). De rechter zal deze verdeling niet ongezien mogen accepteren. Dezelfde benade-

(213) Onder meer Verburg, 1975 (noot 7), p. 51 e.v. met verdere verwijzingen. Verburg verdedigt dat deze kwesties én de kwestie met betrekking tot derden slechts beantwoord hoeven te worden om een vrij nauwkeurig beeld te krijgen van de reikwijdte van het object van verschoning. Ik zal nog enkele andere facetten noemen die mijns inziens ook van belang zijn.

ringswijze dient te worden gevolgd bij van derden afkomstige gegevens, waarover ik in het vorige nummer heb gesproken.

In het algemeen *niet* onder het object van het verschoningsrecht begrepen, is de naam van de cliënt en het feit dát er contact is geweest tussen cliënt en beroepsbeoefenaar. Deze kwestie heeft gespeeld in de zaak van notaris Maas. De Hoge Raad heeft er geen uitspraak over hoeven te doen, omdat de notaris zijn aanvankelijke beroep op een verschoningsrecht in zoverre heeft ingetrokken. Had hij dat niet gedaan, dan had de Hoge Raad in zoverre het beroep moeten afwijzen. Toetssteen is of de vertrouwelijkheid mede ook deze aspecten omvat. Een voorbeeld vormt een kraker die anoniem wenst te blijven, maar zich voor advies tot een advocaat wendt. De advocaat zal dan niet verplicht kunnen worden de naam van zijn cliënt te onthullen.

Een volgende toetssteen voor de rechter is het frauduleuze of illegale oogmerk. De beroepsbeoefenaar is er niet om cliënten, bewust of onbewust, behulpzaam te zijn bij het plegen van strafbare feiten of van andere illegale handelingen. Scherp hiervan gescheiden moet worden de situatie, waar met name advocaten en notarissen veel mee te maken krijgen, namelijk het binnen de grenzen van het recht regelen van de gevolgen van voordien gepleegde strafbare feiten of illegale handelingen. De advocaat of notaris die tracht voor zijn cliënt zwart geld legaal te witten, hoeft omtrent de bronnen van het zwarte geld geen mededelingen te doen. Wijzen op de juridische mogelijkheden om een onderneming weer levensvatbaar te maken, ook al gaat dat ten nadele van de fiscus of andere crediteuren, is eveneens geoorloofd. Meewerken aan Paulianeuze handelingen of aan strafbare feiten niet. De advocaat die merkt dat hij daarvoor wordt ingehuurd, zal zijn diensten moeten weigeren. Doet hij dat niet, dan is hij, naast straf- tucht- en civielrechtelijk aansprakelijk, desgevraagd verplicht bekend te maken wat hij weet. De rechter zal moeten bepalen wanneer daartoe aanleiding bestaat. De zaak Maas had een interessante test-case kunnen zijn. De grenzen van 'andere illegale handelingen' in de civiele sfeer, leg ik bij die handelingen, waarbij opzet, de mate van schuld en/of wetenschap relevant zijn. Bij wanprestatie of onrechtmatige daad is dat in het algemeen niet het geval – behalve ten opzichte van derden –, bij nulliteiten, waaronder de Pauliana, en bij goede trouw met alle daarop gebaseerde leerstukken, wel. Wat betreft strafbare feiten is na invoering van het Nieuwe Bewijsrecht in civiele zaken een interferentie mogelijk met het privilege against self-incrimination (art. 188 lid 4 NRv; in het strafrecht al erkend in art. 219 Sv.). De werking van dit privilege strekt zich echter niet uit tot de beroepsbeoefenaar. Alleen als hij zelf ook verdacht is, komt het hem toe, maar dan uit eigen hoofde.

Een, wat het object betreft, laatste toetssteen, is tot nu toe slechts van toepas-

sing voor de juridische hulpverlening. De Hoge Raad heeft beslist dat een advocaat, een notaris en een medewerker van een Bureau voor Rechtshulp (214), die besprekingen bijwoont van zijn cliënt met de wederpartij, omtrent de inhoud van het besprokene niets zal hoeven mede te delen, wanneer deze besprekingen niet tot de totstandkoming van een overeenkomst of een andere meerzijdige rechtshandeling hebben geleid. Voor eenzijdige rechtshandelingen geldt dit niet. Tot stand gekomen eenzijdige rechtshandelingen, zoals een volmacht tot hypotheekverlening in het geval van notaris Maas, worden niet uitgezonderd van het object van verschoning. Ik zie geen reden voor dit verschil tussen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen. Waarom in het ene geval wel een verschoningsrecht ten aanzien van de omstandigheden die de totstandkoming hebben begeleid, de achtergrond, de uitgesproken bedoelingen *e tuti quanti*, en in het andere geval niet? Het feit van de rechtshandeling is toch in beide gevallen niet bestemd om verborgen te blijven? Een ander bezwaar en niet het minst belangrijke, gelet op de duidelijkheid/rechtszekerheid, waar ook de Hoge Raad aan hecht, is dat het onderscheid eenzijdig en meerzijdig allesbehalve scherp is. Köster heeft dat enige tijd geleden nog eens overtuigend aangetoond (215). Hoe moeten in dit verband toezeggingen (216) worden beoordeeld of andere vormen van gebondenheid zonder contract of onrechtmatige daad, maar op grond van opgewekt vertrouwen? Het voorbeeld is natuurlijk de afgebroken onderhandeling op een ogenblik dat over en weer een contract mocht worden verwacht (217). Er zijn echter ook andere voorbeelden, zoals een wegens de vorm nietig contract of een in het geheel niet totstandgekomen contract, terwijl de betrokkenen van de geldigheid resp. van het bestaan ervan zijn uitgegaan en daarop hun handelen hebben gebaseerd (218).

Kortom: waar duidelijkheid en rechtszekerheid worden verlangd, moet men niet onderscheiden tussen eenzijdige en meerzijdige rechtshandelingen, althans moet men het verschil in gevolgen tot een minimum beperken. Dat is in titel 3.2 NBW onder druk van de literatuur ook gebeurd.

(214) Voor de advocaat in HR 12 december 1958, NJ 1961, 270 en HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188. Voor de notaris in HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985, 52. Voor de medewerker van het Bureau voor Rechtshulp in HR 25 oktober 1985, R.v.d.W. 1985, 192.

(215) H.K. Köster, Poging tot een nadere analyse van enkele zogenaamd eenzijdige rechtshandelingen, in: *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), 1979, p. 203 e.v.

(216) Onder meer HR 1 februari 1985, R.v.d.W. 1985, 38 inzake Patelsky/Gemeente Sittard en HR 1 juli 1985, R.v.d.W. 1985, 150 inzake Frenkel/KRO.

(217) HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 inzake Plas/gemeente Valburg.

(218) Voorbeeld van het eerste is HR 13 mei 1977, NJ 1978, 155 inzake Brilmij/Ziekendfonds; voorbeeld van het tweede is HR 8 juli 1982, NJ 1983, 456 inzake Guliker/AGO.

Nog in een ander opzicht is uitbreiding van de in deze door de Hoge Raad gevestigde jurisprudentie wenselijk. Het is namelijk niet het alleenrecht van juridische hulpverleners besprekingen van hun cliënten met anderen bij te wonen, die naderhand de wederpartij van de cliënt worden in een procedure. Andere beroepsbeoefenaren doen dat evenzeer en ook daarbij worden meer dan eens afspraken gemaakt, zij het niet altijd rechtens afdwingbaar. Ik zou echter aan het juridisch karakter van de afspraken geen doorslaggevende betekenis willen hechten en als algemene regel willen formuleren dat bij andere beroepsbeoefenaren op dezelfde voet moet worden gehandeld als bij rechtshulpverleners. Voorzover het derhalve gaat om het achterhalen van de inhoud van besprekingen die tot enigerlei resultaat hebben geleid, dient geen verschoningsrecht te worden aangenomen.

62. De vraag of een verschoningsrecht daadwerkelijk kan worden uitgeoefend, hangt ook af van de concrete omstandigheden van het geval. Voor een deel vloeien deze voort uit de eerder geformuleerde voorwaarden voor een geslaagd beroep op een verschoningsrecht. Een dubbelfunctie bijvoorbeeld is in het algemeen niet onverenigbaar met een verschoningsrecht, maar het zal niet altijd meteen duidelijk zijn in welke van de twee hoedanigheden de beroepsbeoefenaar in het concrete geval is opgetreden of hoe onlosmakelijk de ene met de andere is verbonden. Belangen van derden zullen soms enigmatische gespecificeerd moeten worden om hun relevantie en gewicht te kunnen bepalen. Over de gepretendeerde onafhankelijkheid kan twijfel rijzen. De rechter zal zich in al deze gevallen nader moeten (laten) informeren. Preciese richtlijnen hoe ver hij daarin kan gaan, zijn niet te formuleren. Waar het om gaat is te benadrukken dat de taak van de rechter in verschoningszaken er, net als in andere zaken, in bestaat om aanspraken op hun houdbaarheid te toetsen en om zich niet met het argument van de rechtszekerheid in de rol van de goedgelovige te laten dringen. De verzochte nadere informatie is niet altijd vertrouwelijk (219). Soms wel en dan zal prudentie nodig zijn, maar ook daarin onderscheiden verschoningszaken zich niet wezenlijk van andere zaken.

De invloed van de concrete omstandigheden op de beslissing inzake het verschoningsrecht, manifesteert zich eveneens bij het vaststellen van de betekenis van het nadeel voor de waarheidsvinding. Tot nu toe is deze kwestie in de literatuur en jurisprudentie nog nauwelijks uitgewerkt. Dat komt omdat het begrip nadeel voor de waarheidsvinding als betrekkelijk eenduidig wordt

(219) Vergelijk HR 25 oktober 1985, R.v.d.W. 1985, 192 (medewerker Buro voor Rechtshulp).

vooropgesteld. Ten onrechte, zoals ik in nr. 34 heb geconcludeerd. In welke mate de waarheid wordt aangetast door een verschoningsrecht, wordt onder andere bepaald door de verzochte informatie, wie partijen zijn in de procedure, het reeds aanwezige materiaal, de mogelijkheid gegevens van elders te verkrijgen en zo meer. In de zaak van notaris Maas bijvoorbeeld was al veel bekend omtrent het bewijsthema. In het geval van de advocaat die weigert ten behoeve van zijn cliënt over een eerder door hem geschreven brief te getuigen, zal diens getuigenverklaring waarschijnlijk de enige manier zijn geweest om rechtens te laten vaststellen of de inhoud van de brief juist was. Ik vind dit een essentieel verschil dat zwaarwegend genoeg is om bij de rechterlijke toetsing meegewogen te worden. Bij de registeraccountant en de journalist is dat ook gebeurd. Waarom alleen in gevallen van afgewezen verschoningsrechten? Ook wanneer in beginsel een verschoningsrecht kan worden erkend, hoeft dit niet het gehele mondelinge en schriftelijke verkeer te omvatten. Differentiatie is soms geboden. De rechter kan deze realiseren door tijdens een getuigenverhoor, mondelinge behandeling of inlichtingencomparitie bepaalde vragen niet toe te staan en anderszins door verzoeken om overlegging van schriftelijke stukken of om verdere gegevens niet te honoreren dan wel aan het niet voldoen ervan geen nadelige consequenties te verbinden.

Hoewel in dit verband ook kan worden gedacht aan een onderscheid tussen dagvaardings- en requestprocedures, maak ik dit niet. De keuze voor de ene of de andere procedure is steeds meer van toevallige factoren afhankelijk. Soms wordt voor een dagvaardingsprocedure geopteerd, waar ook een requestprocedure had kunnen worden voorgesteld of omgekeerd. Duidelijkheid verdient hier de voorkeur boven de nuance, zoals dat ook het geval is met het niet maken van een onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke, materiële en immateriële, vermogensrechtelijke en nietvermogensrechtelijke belangen.

Ik bepleit (derhalve) niet een stelsel waarin de rechter in geval van een verschoningsrecht telkenmale tot in detail nagaat of bepaalde informatie wellicht toch verschaft kan worden. Er moet een redelijke twijfel bestaan of de materiële belangen die gediend worden met verschoning wel opwegen tegen het nadeel dat aldus aan de rechtsbedeling wordt toegebracht. Daarop kan ten aanzien van bepaalde facetten van de relatie cliënt-beroepsbeoefenaar een ander en vooral veel precieser antwoord worden gegeven dan ten aanzien van het geheel, met name wanneer, zoals thans, in een aantal relaties het bestaan van een verschoningsrecht wordt vooropgesteld. Mijn maatstaf in deze is een andere dan die van de Hoge Raad. De Hoge Raad eist redelijke twijfel of informatie kan verstrekt worden zonder dat geopenbaard wordt wat

verborgen dient te blijven. Ik relateer de redelijke twijfel aan de grondslag van het verschoningsrecht: de afweging van belangen. Daar is het mee begonnen, daar moet het ook mee eindigen. Het overige is een kwestie van organisatie en procedure.

63. De conclusie uit het voorgaande is dat het geringe aantal keren dat een beroep op een verschoningsrecht met een redelijke kans van slagen kan worden geldend gemaakt, door de rechterlijke toetsing aan het object en aan de concrete omstandigheden van het geval, nog verder wordt beperkt. Verschoningsrecht is in vergaande mate uitzonderingsrecht. Daarover kan geen misverstand bestaan. In zoverre sluit ik aan bij de tendens in de huidige literatuur en rechtspraak over dit onderwerp. Het verschil is dat ik soms iets eerder bereid ben in beginsel een verschoningsrecht te erkennen, – deurwaarder, octrooigemachtigde – , soms daarentegen precies het omgekeerde voorsta, zoals in procedures tussen cliënt en beroepsbeoefenaar of tussen cliënten onderling, terwijl ik voorts een strengere en minder terughoudende controle door de rechter in concreto nodig acht. Dit laatste kan in voorkomend geval leiden tot een niet onaanzienlijke beperking van de omvang van het verschoningsrecht.

Weinig geprivilegieerde informatie dus, zowel in de huidige als in mijn benadering. In een dergelijke situatie kan behoefte ontstaan aan bescherming van vertrouwelijke gegevens *buiten* verschoningsrecht. In strafrechtelijke procedures is in deze behoefte voorzien door art. 288 Sv. Aan dit artikel kan de rechter ingevolge de interpretatie van de Hoge Raad de bevoegdheid ontleenen om bepaalde vragen te beletten. In zijn noot onder HR 25 oktober 1983, NJ 1984, 132 inzake de registeraccountant, omschrijft 't Hart deze bevoegdheid als een dicht tegen het verschoningsrecht aangetrokken, 'subsidiair en minder ingrijpend middel om incidenteel de belangen bij geheimhouding' te laten prevaleren. Baanbrekend voor de interpretatie was ER 17 maart 1981, NJ 1981, 382 over een politieambtenaar, die gevraagd werd naar de namen van zijn informanten en naar de gevolgde onderzoeksmethode. Geen verschoningsrecht aldus de Hoge Raad, maar hetgeen het Hof heeft overwogen had een reden kunnen zijn voor toepassing van art. 288 Sv. Deze beslissing is herhaald ten aanzien van de sociologisch onderzoeker in HR 10 januari 1984, NJ 1984, 722. Het bewijsthema was de al dan niet gelijkenis van een door de onderzoeker in een boek beschreven gebeurtenis en datgene wat zich op een politiebureau in Arnhem had afgespeeld. De Rechtbank had in overeenstemming met het hiervoor door mij bepleite stelsel, drie van de vier vragen onder het verschoningsrecht gebracht. De vraag of de onderzoeker op een bepaald tijdstip in het desbetreffende politiebureau aanwezig was geweest, werd wel

toegestaan. De Hoge Raad nam geen verschoningsrecht aan, maar verwees kort en bondig naar art. 288 Sv.

In het civiele recht zou een soortgelijke bevoegdheid moeten bestaan. Wellicht is dat al zo en kan men art. 109 jo. 200 Rv. als aanknoping daarvoor hanteren. De bepaling is er niet voor bedoeld, maar dat was met art. 288 Sv. ook niet het geval. Art. 201 lid 2 NRv. als voorgesteld in het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht vormt een duidelijker grondslag.

Partijen en hun raadslieden kunnen aan de getuige vragen stellen, behoudens de bevoegdheid van de rechter om te beletten, dat aan een bepaalde vraag gevolg wordt gegeven.

Meestal zal het in de hier bedoelde gevallen niet gaan om een getuige die graag wil antwoorden en die het spreken moet worden belet, maar om een getuige die niet wil antwoorden en die verlop vraagt om te mogen zwijgen. Ik neem echter aan dat dit geen belemmering hoeft te zijn. Een belemmering is wel dat de bepalingen onvolledig zijn. Ze hebben uitsluitend betrekking op het getuigenverhoor. Ze zouden echter ook moeten gelden voor de inlichtingencomparitie, de mondelinge behandeling en voor de schriftelijke stukkenwisseling. Vragen van verschoningsrecht doen zich immers in alle fasen van de procedure voor, zeker in mijn benadering van de cliënt als verschoningsgerechtigde. Een tweede onvolledigheid is dat de bepalingen niet omvatten de situatie dat de vraag, het verzoek om inlichtingen of om overlegging van stukken afkomstig is van de rechter. Ook dan moet er een mogelijkheid zijn de vraag of het verzoek te laten intrekken dan wel te laten handhaven in een minder belastende vorm. Wat dit laatste betreft is zeker ten aanzien van schriftelijke stukken de variëteit erg groot. Ik verwijs naar de situatie in Engeland (nr. 11). Een derde onvolledigheid is dat de positie van de wederpartij niet is geregeld, noch – maar daarover meer in de volgende paragraaf – de procedure.

Ik zou het toejuichen wanneer de bevoegdheid van de rechter om vertrouwelijke gegevens buiten verschoningsrecht te beschermen in deze zin zou worden aangevuld. Zo'n bevoegdheid versterkt de gedifferentieerde aanpak die ik ook voor het verschoningsrecht de meest wenselijke acht. Voor de procedurele konsekventies van deze bevoegdheid verwijs ik naar nr. 65.

3.4. De procedure

64. Een actievere opstelling van de rechter in verschoningszaken betekent dat in de gevallen van redelijke twijfel hij soms, om te kunnen beoordelen of

bepaalde informatie geprivilegieerd is, van die informatie kennis zal moeten nemen. Dit komt er op neer dat al geopenbaard wordt, waaromtrent vervolgens beslist wordt of het wel geopenbaard moet worden. De beslissing is daarmee feitelijk al genomen, althans is een oordeel dat niet geopenbaard hoeft te worden aardig voor de statistiek, maar voor de betrokken cliënt of beroepsbeoefenaar zinledig. Teneinde aan deze konsekwentie van de praktische onverenigbaarheid van een meer dan marginale toetsing door de rechter met het bestaan van een verschoningsrecht te ontkomen, is het voorstel gelanceerd om een sluiscommissie of een onafhankelijke vertrouwenscommissie in het leven te roepen. Op basis van een volledige openheid van zaken, zou deze commissie de rechter adviseren, zodat, zonder dat vertrouwelijke informatie aan anderen dan de commissieleden bekend wordt, toch een verantwoord oordeel gegeven kan worden. De facto beslist dan natuurlijk de commissie omdat de rechter vrijwel geen reële mogelijkheden heeft van het advies af te wijken; maar dat is niet onoverkomelijk en ook niet uniek. Met deskundigenberichten is het vaak hetzelfde. Het voorstel, al in 1905 voor de NJV verdedigd en herhaald in 1978 in de preadviezen over de bescherming van het individu tegen de massamedia, heeft geen brede ondersteuning gekregen (220).

Mijn standpunt in deze bepaal ik als volgt. Hoe dan ook moet voorkomen worden dat de mogelijk geprivilegieerde informatie aan de wederpartij of aan derden bekend wordt (221) voordat op het ingeroepen verschoningsrecht is beslist. Wanneer derhalve de rechter een situatie aanwezig acht, waarin hij behoefte heeft aan inzage in documenten of aan nadere inlichtingen, maar een inbreuk op de vertrouwelijkheid in de relatie cliënt-beroepsbeoefenaar niet is uitgesloten, dan dienen de documenten en de inlichtingen alleen aan hem te worden verstrekt. De wederpartij en derden zullen er pas kennis van nemen, wanneer de rechter openbaarmaking gelast en de partij daaraan voldoet. Verplicht is zij daartoe niet, zij het dat aan een weigering nadelige gevolgen verbonden zullen worden.

Een tweede aspect dat onder ogen moet worden gezien is dat wanneer de rechter geen openbaarmaking gelast, hij die informatie ook niet zal mogen gebruiken. Men mag echter aannemen dat hij wat hij gelezen of gehoord

(220) Zie onder meer het preadvies van E. Diemer voor de NJV 1978, p. 76 e.v. met verdere verwijzingen. Het desbetreffende vraagpunt werd in meerderheid ontkennend beantwoord.

(221) Zie hierover o.m. Veegens in zijn noot onder HR 12 december 1958, NJ 1961, 270 onder verwijzing naar A.G. Hooykaas voor HR 29 november 1949, NJ 1950, 664. De Hoge Raad heeft zijn beslissing herhaald in HR 17 januari 1986, R.v.d.W. 1986, 29.

heeft, niet kan vergeten. Het zou hem op het spoor van vragen kunnen brengen, die hij zonder die wetenschap niet zou hebben gesteld. De overtuigingskracht van bepaalde stellingen kan anders zijn voor iemand die van de zaak meer weet dan hij rehtens mag weten. Dit moet vermeden worden. Dat kan door de beslissing in dit soort specifieke gevallen niet te laten nemen door de Rechter-Commissaris, voor wie het getuigenverhoor of de inlichtingencomparitie plaatsvindt, of door de rechter die de zaak behandelt of (later) zal behandelen. Als regel zullen deze wel omtrent verschoningskwesties kunnen beslissen, maar op het moment dat ze inzage of nadere inlichtingen nodig achten waarbij het risico van inbreuk op mogelijke vertrouwelijkheid reëel is, zullen ze naar een collega moeten verwijzen. Deze beslist over de hem voorgelegde verschoningskwestie en verwijst daarna ter verdere behandeling de zaak terug.

Vragen van verschoningsrecht in de schriftelijke fase van de procedure kunnen in dagvaardingsprocedures (222) door de rolrechter worden beslist. Verwijzing is niet nodig, mits de rolrechter wanneer hij zich uitgebreid heeft laten voorlichten over de mérites van de verschoningskwestie, niet ook te geleger tijd deel uitmaakt van de kamer die over de zaak zelf beslist. Hoger beroep en cassatie hoeven niet uitgesloten te zijn, noch voor de partij noch voor de wederpartij. De wederpartij heeft het daarbij in zoverre moeilijk dat zij de inhoud van hetgeen aan de rechter is medegedeeld of ter inzage is gegeven, niet kent. Dit is de prijs die moet worden betaald voor het kunnen verkrijgen van een onafhankelijk rechterlijk oordeel. Gemeten aan het alternatief dat aan de verschoningsgerechtigde nagenoeg helemaal zelf de beslissing wordt overgelaten – zoals thans het geval is –, vind ik dit een verantwoorde prijs, zeker wanneer men bedenkt dat de verschoningsgerechtigde vaak de partij is in het geding. De ervaringen in met name de Angelsaksische rechtsstelsels – voor Engeland zie onder meer nr. 15 – en het standpunt van het Europese Hof in de AMS (nr. 20), geven aan dat het kan. Tenslotte is het nuttig zich te realiseren dat het aantal gevallen dat verwijzing nodig is, per jaar waarschijnlijk op de vingers van een hand te tellen zal zijn. Ook dat dwingt er toe om praktisch te zijn.

65. Ook buiten de in het vorige nummer besproken specifieke situatie, die betrekking heeft op de in dit preadvies bepleite aktievere opstelling van de rechter, dienen in verschoningszaken procedurele waarborgen te worden ontwikkeld. Thans zijn deze hoogst onvolledig, zelfs wanneer men uitgaat van de

(222) In requestprocedures zal de kwestie tijdens de mondelinge behandeling worden afgedaan.

huidige benadering van de beroepsbeoefenaar als verschoningsgerechtigde en de daaruit voortvloeiende beperking tot het getuigenverhoor. Van de afwijzing van het beroep op een verschoningsrecht kan alleen de getuige appelleren of cassatie instellen, van een positieve beslissing ook de partijen. Daarentegen heeft geen van de partijen een processuele mogelijkheid tijdens het getuigenverhoor de getuige te verplichten een verschoningsrecht in te roepen. In een afzonderlijke procedure zal dit evenmin lukken. Partijen staan in zoverre thans zowel materieelrechtelijk als processueel buiten spel (223).

De uitbreiding van het verschoningsrecht in mijn opvatting tot ook andere fasen van de procedure dan alleen het getuigenverhoor, doet de behoefte aan een regeling van de procesgang nog toenemen. Zonder dat hier in détail uit te werken, denk ik dat het niet moeilijk hoeft te zijn een sluitende regeling te ontwerpen, waarin rechten en plichten van partijen en derden – vooral als getuige, want vrijwel alleen in die hoedanigheid kan een derde worden betrokken in een tussen anderen gevoerde procedure zonder zelf partij te worden – , alsmede taak en bevoegdheden van de rechter zijn vastgelegd. Zo'n regeling zal voor alle fasen van de procedure, waarin verschoningsvragen zich voordoen, dezelfde kunnen zijn. Zij zal eveneens kunnen gelden voor geschillen betreffende de bescherming van gegevens buiten verschoningsrecht. De verwijzingsprocedure als bedoeld in het vorige nummer, vormt dan in al deze gevallen het sluitstuk.

HOOFDSTUK IV. ENKELE CONCLUSIES

66. Het voorgaande in een aantal conclusies samengevat, levert het volgende beeld op ten aanzien van een verschoningsrecht uit hoofde van ambt, beroep of betrekking – ook wel professioneel verschoningsrecht te noemen – in civiele zaken:

1. Vragen van verschoningsrecht rijzen niet alleen bij het getuigenverhoor, maar in alle fasen van de procedure, zoals met name bij de schriftelijke stukkenwisseling, de inlichtingencomparitie en bij de mondelinge behandeling of het pleidooi. Dientengevolge strekt het verschoningsrecht zich, anders dan de huidige wettelijke regeling doet vermoeden, niet slechts uit tot getuigenverklaringen, maar ook tot verklaringen van partijen en tot schriftelijke stukken.

(223) Hierover Verburg, 1975 (noot 7), p. 295 e.v. met verwijzingen.

2. Een verschoningsrecht dient het recht te zijn van de cliënt en niet van de beroepsbeoefenaar. De in het Ontwerp Nieuw Bewijsrecht voorgestelde toelating van de partij als getuige is voor deze benaderingswijze niet beslissend, maar vormt wel een argument temeer.

3. Een verschoningsrecht is geen absoluut recht. De beroepsbeoefenaar behoudt een eigen verantwoordelijkheid en de uitoefening van een verschoningsrecht geschiedt voorts altijd onder controle van de rechter.

4. Bij deze controle dient de rechter minder terughoudend te zijn dan thans veelal het geval is. Een inbreuk op de rechtszekerheid – het door de Hoge Raad in deze gehanteerde argument – is hiervan niet te vrezen. Rechtszekerheid, genomen in de zin van voorspelbaarheid van beslissingen, is niet gerealiseerd met een terugtreden van de rechter. Voldoende is dat duidelijkheid bestaat over de aan te leggen maatstaven en relevante gezichtspunten.

5. De klassieke grondslag voor erkenning van een verschoningsrecht is de hulpverlening, inmiddels aangevuld met een tweede grondslag, gelegen in de behartiging van belangen op geestelijk, wetenschappelijk of financieel-economisch terrein.

6. Noch de (juridische) hulpverlening, noch het dienen van deze andere belangen zijn echter op zichzelf voldoende duidelijk om als maatstaf bij de beslissing omtrent het al dan niet erkennen van een verschoningsrecht te worden gehanteerd: beide missen onderscheidend vermogen. Dat geldt ook voor in dit verband vaak genoemde gezichtspunten als vertrouwelijkheid, privacy en de vrees dat zonder verschoningsrecht cliënten een beroepsbeoefenaar niet meer zullen consulteren dan wel minder open tegemoet zullen treden.

7. Onderscheidend vermogen komt wel toe aan maatstaven met behulp waarvan het maatschappelijk belang of, zoals Hazewinkel-Suringa het heeft uitgedrukt: de maatschappelijke gepatenteerdheid van het ambt of beroep, kan worden vastgesteld. Alleen wanneer dit maatschappelijk belang dusdanig is dat het kan opwegen tegen het te verwachten nadeel voor de rechtsbedeling, is erkenning van een verschoningsrecht mogelijk.

8. Bij ontbreken van feitelijke gegevens over nut en werking van een verschoningsrecht, is praktisch gezien vrijwel altijd een wettelijk keurstempel vereist, dit wil zeggen een wettelijke regeling van ambt of beroep, inhoudende

voorschriften ten aanzien van toelating, deskundigheid, organisatie en tuchtrechtelijke controle, alsmede ten aanzien van de taakomschrijving, die redelijk omlijnd of te omlijnen moet zijn. Rechtspositionele onafhankelijkheid is geen voorwaarde, evenmin als duurzaamheid of exclusiviteit van de dienstverlening.

9. In geschillen tussen cliënten onderling en tussen (voormalige) cliënten en hun beroepsbeoefenaar, past geen verschoningsrecht. Informanten en tipgevers kunnen zonder speciale wettelijke voorziening evenmin aanspraak maken op een verschoningsrecht.

10. Het object van verschoning omvat alle vertrouwelijke gegevens, over en weer tussen cliënt en beroepsbeoefenaar (en soms met derden) uitgewisseld, hetzij mondeling, hetzij schriftelijk, mits de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid is opgetreden en zijn specifieke deskundigheid heeft aangewend ten behoeve van zijn cliënt. Een uitzondering moet worden gemaakt voor reeds bestaande informatie, meer in het bijzonder documenten, voor de namen van cliënten en het feit dat zij de beroepsbeoefenaar hebben geconsulteerd, alsook voor handelingen met een frauduleus of illegaal oogmerk, waarbij de beroepsbeoefenaar bewust of niet bewust is ingeschakeld. Een uitzondering moet eveneens worden gemaakt voor de inhoud van besprekingen waarbij derden aanwezig zijn geweest, voorzover althans die besprekingen tot enigerlei, al dan niet rechtens afdwingbaar, resultaat hebben geleid. In deze zin kan derhalve de door de Hoge Raad gevestigde jurisprudentie ten aanzien van rechtshulpverleners, worden veralgemeend. Specifiek ten aanzien van de rechtshulpverlening geldt bovendien dat voor een beperking tot twee- of meerzijdige rechtshandelingen geen plaats is. Ook omtrent de inhoud van totstandgekomen eenzijdige rechtshandelingen dient geen recht van verschoning te bestaan.

11. Een minder terughoudende opstelling van de rechter houdt ook in dat de rechter de toelaatbaarheid van een verschoningsrecht toetst aan de concrete omstandigheden van het geval. Bijzondere betekenis is daarbij te hechten aan het van de erkenning te verwachten nadeel voor een goede rechtsbedeling. Dit nadeel is minder eenduidig en vanzelfsprekend dan thans veelal, zonder nadere motivering, wordt aangenomen.

12. Verschoningsrecht is in vergaande mate uitzonderingsrecht. In die situatie doet zich echter de behoefte gevoelen aan bescherming van vertrouwelijke gegevens buiten verschoningsrecht, bijvoorbeeld door het beletten van vragen, het in documenten doorstrepen van namen of het verbod bepaalde gegevens in

andere procedures te gebruiken. Het verdient aanbeveling de rechter een dergelijke discretionaire bevoegdheid te verlenen.

13. De procesgang in verschoningszaken dient nader te worden geregeld, zowel wat betreft de positie van partijen en derden als wat betreft de taak en bevoegdheden van de rechter. Dezelfde procesgang kan ook worden toegepast in geval van geschillen over de bescherming van vertrouwelijke gegevens buiten verschoningsrecht.

14. Sluitstuk van de regeling van de procesgang in verschoningszaken vormen de waarborgen dat de aktievere opstelling van de rechter niet er toe leidt dat vertrouwelijke gegevens voortijdig bekend worden aan de wederpartij of aan derden. De oplossing dient niet te worden gezocht in een sluiscommissie, maar binnen het rechterlijk college dat tot een beslissing is geroepen.

Met deze conclusies is tevens een antwoord op de in Hoofdstuk II, par. 1 geformuleerde vragen gegeven:

vraag a (de constructie) in de conclusies 2 en 3,

vraag b (aantal verschoningsrechten) in de conclusies 4-11,

vraag c (het object) in conclusie 10, althans goeddeels,

vraag d (bescherming buiten verschoningsrecht) in conclusie 12,

vraag f (de procedure) in conclusies 13 en 14,

vraag e (andere nevengevolgen) in conclusie 1.

Wat de in verschillende vragen bedoelde taak van de wetgever betreft, zal duidelijk zijn dat aanzienlijke veranderingen nodig zijn. In het kort hierover dit, want interessanter, in ieder geval vooralsnog, dan de vraag of en, zo ja, met welke precisie een en ander in de wet moet worden verankerd, is de discussie over de materiële problematiek van het verschoningsrecht zelf en de poging het daarover in hoofdlijnen met elkaar eens te worden. Ik hoop dat de discussie zich ter vergadering daarop zal toespitsen. De problematiek is er gevarieerd en omvangrijk genoeg voor. Volledigheidshalve echter ook de konsekventies van mijn in dit preadvies verdedigde standpunt voor de inhoud van een wettelijke regeling van het verschoningsrecht.

In de eerste plaats zal natuurlijk als gevolg van de gekozen constructie de omschrijving van het verschoningsrecht een andere moeten zijn, bijvoorbeeld op de wijze als het voorstel in Canada (nr. 16), zij het dat ik met name zou willen noemen relaties van cliënten met de geneesheer, advocaat, arts, notaris, octrooigemachtigde en deurwaarder, voorzover optredend als juridisch adviseur en als procesvertegenwoordiger. De opsomming is echter geenszins limitatief. De omschrijving van het object zou op het voetspoor van conclusie 10 kunnen

geschieden met inbegrip van de daarin genoemde uitzonderingen. Voor het overige geldt dat het aanbeveling verdient de bevoegdheid van de rechter tot bescherming van vertrouwelijke gegevens buiten verschoningsrecht met zoveel woorden te regelen. Ook de procedure kan niet wachten op invulling door de rechter.

BIJLAGE

Lijst van wetsbepalingen waarin opgenomen een verschoningsrecht

- Accountants- administratieconsulenten (Wet op de)
art. 6, 26 en 78
- Administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet op de)
art. 48
- Administratieve rechtspraak belastingzaken (Wet)
art. 15
- Advocatenwet
art. 16f
- Algemene Wet inzake Rijksbelastingen
art. 53; 67
- Algemene Wet inzake douane en accijnzen
art. 220
- Ambtenarenwet
art. 30
- Arbeidsvoorziening (Noodwet)
art. 44
- Beroepswet
art. 49, 53 en 101
- Beschikking stellen van arbeidskrachten (Wet op het ter)
art. 9
- Binnenschepenwet
art. 36
- Bewijsverdrag (Uitvoeringswet)
art. 11
- Burgerlijk wetboek
art. 1946
- Controle-taak (Besluit) uitvoeringsorganen Algemene Wet Bijzondere
Ziektekosten
art. 4
- Controle-taak ziekenfondsen
art. 2
- Drank en Horecawet
art. 67
- Economische Mededinging (Wet)

- art. 18
 - Faillissementswet
- art. 66, 223b
 - Financiële betrekkingen buitenland (Wet)
- art. 14
 - Financieel verkeer (Noodwet)
- art. 33
 - Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in burgerlijke openbare dienst (Wet)
- art. 4
 - Gelijk loon voor vrouwen en mannen (Wet)
- art. 19
 - Geneeskundigen Noodwet
- art. 32
 - Investeringsrekening (Wet)
- art. 24 en 25
 - Justitiële documentatie en op de verklaringen omtrent het gedrag (Wet op de)
- art. 32
 - Kernenergiewet
- art. 66
 - Levensverzekeringsbedrijf (Wet op het)
- art. 32
 - Loonvorming (Wet op de)
- art. 16 en 18
 - Luchtvaartrampenwet
- art. 17
 - Mijnewet Continentaal plat
- art. 36
 - Nationale ombudsman (Wet)
- art. 19
 - Niet-c.a.o.-inkomens (Wet op de)
- art. 9
 - Notarisambt (Wet op het)
- art. 73d
 - Parlementaire enquête (Wet op de)
- art. 19
 - Provinciewet
- art. 110
 - Raad van State (Wet op de)

art. 46

- Registeraccountants (Wet op de)

art. 5 en 101

- Registratiewet

art. 10

- Rijks Geneeskundige Dienst (Besluit)

art. 4

- Rijksoctrooiwet

art. 18 en 18a

- Rijksverzekeringsbank en de Raden van Arbeid (Wet op)

art. 72

- Schadeverzekeringsbedrijf (Wet op het)

art. 28

- Specifiek Welzijn (Kaderwet)

art. 77

- Strafvordering wetboek

art. 98, 104, 106, 113, 125^b en 160, 218, 284

- Tijdelijke wet arbeidsvoorwaarden collectieve-sector

art. 12

- Toezicht Kredietwezen (Wet)

art. 16, 18 en 46

- Vervoer over zee (Wet)

art. 30

- Voorzieningen gezondheidszorg (Wet)

art. 77

- Zaaizaad- en Plantgoedwet

art. 67

- Ziekenhuisvoorzieningen (Wet)

art. 21

PREADVIES PROF. MR. A.G. LUBBERS

PREADVIES PROF. MR. A.G. LUBBERS

Het professionele (functionele) verschoningsrecht

Voorwoord, 137

- I. Inleiding, 139
- II. Er bestaat voor een getuige geen functioneel verschoningsrecht als op hem – buiten rechte – geen functionele geheimhoudingsplicht (in de zin van art. 272 Sr.) rust. Doch omgekeerd: er zijn wel functioneel-geheimhoudingsplichtigen (buiten rechte) die als getuige (in rechte) geen verschoningsbevoegdheid hebben. Functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte is *conditio sine qua non* voor verschoningsrecht als getuige, doch daarvoor geen garantie, 143
- III. Functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte (in de zin van art. 272 Sr.) kan berusten op wettelijk voorschrift, doch meestal is het aan de rechter om uit te maken of voor een functionaris van zo'n geheimhoudingsplicht-buiten-rechte sprake is, 151
- IV. Welke buiten-rechte-functioneel-geheimhoudingsplichtigen als getuige (in rechte) verschoningsrecht hebben (subject van verschoningsrecht zijn) is ter beoordeling van de rechter, doch berust voor het klassieke kwartet (geestelijke, geneeskundige, advocaat en notaris) op gewoonterecht, 157
 - A. Functies bij overheid en semi-overheid, 158
 - B. Andere functies, 166

- V. Ook over de reikwijdte (het object, de omvang) van zo'n functioneel verschoningsrecht heeft de rechter te oordelen, 175
- VI. Verschoningsrecht betekent, dat de buiten-rechte geldende geheimhoudingsplicht van de functionaris voor deze als getuige (in rechte) afzwakt tot een door die functionaris in beginsel naar eigen inzicht te hanteren bevoegdheid om te kiezen: zowel tussen spreken en zwijgen, als tussen sommige vragen wel en andere niet beantwoorden, 190
- VII. Voor onderscheid tussen civiele- en strafzaken bestaat te dezen geen reden, 196
- VIII. Bestaat reden voor onderscheid tussen hulpverleners en andere naar verschoningsrecht dingende functionarissen? 197
- IX. Is de hantering van verschoningsbevoegdheid aan toetsing door de rechter onderworpen? 199
- X. Naast een zelfstandig verschoningsrecht dient ook een daarvan afgeleid verschoningsrecht te worden erkend. Ook een collectief en een beperkt verschoningsrecht? 201
- XI. Welke betekenis dient naast het verschoningsrecht aan art. 288 Sv. te worden toegekend? Alleen in strafzaken? 204

Nabeschouwing, 207

VOORWOORD

Het gewenste bestek van dit preadvies – in combinatie met mijn korte tijd van voorbereiding – maakte beperkingen onvermijdelijk.

Zo zag ik af van analyses van vertrouwensfuncties, die tot nu toe in de rechtspraak nog amper de revue passeerden en vooral het veelkoppige gebied van het maatschappelijk werk (1) kwam er daardoor bekaaid vanaf. In het algemeen gesproken, ben ik op specifieke problematieken niet ingegaan, zoveel mogelijk zocht ik naar gemeenschappelijke noemers. Onderwerpen, die wel met geheimhouding doch amper met verschoning te maken hebben, liet ik eveneens buiten beschouwing

Dit preadvies boogt dan ook geenszins op de volledigheid, die in 1975 het Leidse proefschrift van Verburg zo sierde (2). Voor vele van de door mij niet aangeroerde onderwerpen moge ik naar zijn dissertatie verwijzen. Wel teken ik aan, dat Verburg daarin scheutiger was met het toelaten van nieuwe 'subjecten van verschoningsrecht' dan mevr. Hazewinkel-Suringa (die aan het

(1) Waarover 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht in het maatschappelijk werk', rapport 1964 van (een door Langemeijer voorgezeten commissie van) de Nat. Raad Maatsch. Werk (tweede druk), met wetsvoorstel voor een sluis-commissie (vgl. eerder J.C. van Oven in NJB 3365-193) en Rapport geheimhouding-reclasseringsambtenaren 1971 (commissie van Ned. Gen. v. Reclass.).

(2) J.J.I. Verburg 'Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken', Gron. 1975, besproken door Langemeijer in Delikt en Delinkw. (5) 1975, p. 497 v.v., door Van Bemmelen in NJB 1975, p. 1223/4 en door Th.W. van den Bosch in Themis 1975, p. 538 v.v. Vóór dit proefschrift van dezelfde auteur 'Een verschoningsrecht voor wie?' in Del. en Delinkw. 1973, p. 518, na zijn proefschrift: Sociaal Bestel 1976 p. 438 v.v., Trema 1981 p. 9, Preadvies 1984 Ver. Vergelijk. Studie van het recht in België en Nederland en laatstelijk 1985, 'Het beroepsgeheim', nr. 5 Monografieën Strafrecht. Zie ook zijn discussie met mijn mede-preadviseur Vranken in NJB 1976, p. 1015 v.v. en p. 1173 v.v. over het journalisten-verschoningsrecht, waarover T. Koopmans' preadvies 1978 voor de Ned. Ver. v. Rechtsverg.

beroepsgeheim in 1949 haar openingsrede als NJV-voorzitter wijdde: NJB 1949, p. 493) in haar veelgeroemde boekje 'De doolhof van het beroepsgeheim', 1959 (3). In dat opzicht voek ik met haar meer verwantschap. Toen ik na Verburgs pleidooien pro nieuwe erkenning van subjecten (van verschoningsrecht) kennis nam van noot 1 p. 281 van (de handelseditie van) zijn proefschrift las ik dan ook tot mijn verrassing, dat Verburg zich voorstander noemt van terughoudendheid van de rechter in dit opzicht. Doch ik geef graag toe, dat Verburg zich na zijn proefschrift daarvan ook een voorstander getoond heeft.

Ook onthield ik mij van andere dan oppervlakkige beschouwingen over rechtsvordering; zeker van strafvordering weet ik te weinig.

Het is een nogal traditioneel (en allerminst opzienbarend) preadvies geworden, geconcentreerd op een hopenlijk representatieve selectie uit de beschikbare rechtspraak.

De kopij werd afgesloten op 15 januari 1986, de honderdste geboortedag van mijn vader, die in 1927 (samen met J.C. van Oven) NJV-preadviseur was.

Vier uitspraken HR, waarnaar in dit preadvies via hun publicatie in de Rechtspraak van de Week verwezen wordt (RvdW 1985, nrs. 52, 120, 125 en 192) zijn inmiddels in de NJ verschenen: NJ 1986, nrs. 173, 174, 175 en 176, voorzien van een gemeenschappelijke noot van Haardt.

(3) Aangekondigd door J.C. van Oven in Themis 1961 p. 182 v.v.; de term 'labyrinth' was in dit verband eerder gebruikt door A.J. Versteegen in NJB 1927, p. 349, 361 en 553 (die 1931 met K.J. Schorer preadviseerde over 'Het beroepsgeheim in de rechtspleging' voor de Nederl. Adv. Veren.). Van doolhof rept in dit verband (mijns inziens voor het eerst) H.H. Maas in NJB 1950, p. 848.

I. INLEIDING

1.1. Een ieder is, zowel in burgerlijke als in strafzaken, verplicht om als getuige in rechte een waarheidsgetrouw getuigenis (4) van zijn waarnemingen af te leggen. Slechts een enkeling geldt als onbekwaam en voorts is er nog een categorie personen, die zich als getuige mogen verschonen: als getuige hebben zij spreek- noch zwijgplicht, zij hebben in beginsel te *kieszen* uit spreken en zwijgen.

Van die groep van verschoningsgerechtigden (ook wel aangeduid als: subjecten van verschoningsrecht) zijn diegenen, die *uit hoofde van* hun maatschappelijke functie zich mogen verschonen, de in dit preadvies te onderzoeken subjecten. Wij duiden hen aan als *functioneel*-verschoningsgerechtigden of subjecten van *functioneel* verschoningsrecht. Hun verschoningsrecht is *beperkt* tot hetgeen hun *als zodanig toevertrouwd* is.

Het gaat dus in dit preadvies allereerst over twee hoofdvragen:

- wie (met name: wie, behalve het klassieke kwartet: geestelijke, geneeskundige, advocaat en notaris) zijn te rekenen tot deze subjecten van functioneel verschoningsrecht?
- tot welke *objecten van hun weten* is hun verschoningsrecht *beperkt*, in die zin dat zij over andere *objecten* als getuige spreekplicht hebben gelijk ieder ander? Dit *functionele* verschoningsrecht is beperkt tot hetgeen *als zodanig toevertrouwd* is. Daarmee staat dit functionele naast het *familiale* verschoningsrecht, dat absoluut is. Ik beveel niet aan om deswege bij voorkeur een echtgenoot of naaste verwant als geestelijke, geneeskundige of juridische raadsman te kiezen, doch de keuze is uiteraard vrij.

Op de beide genoemde vragen volgt een derde vraag:

- kan zo'n functioneel-verschoningsbevoegde erop aangesproken worden, dat hij van zijn bevoegdheid een verkeerd gebruik maakte (hij zweeg, doch had behoren te spreken en omgekeerd)?

Eind jaren vijftig publiceerde Mevrouw Hazewinkel-Suringa (hoogleraar strafrecht U.v.A.) een boekje 'De doolhof van het beroepsgeheim'. Die titel

(4) Getuigenis is een van de zeldzame woorden, die zowel vrouwelijk als onzijdig gebruikt mogen worden. Het begrip is dus kennelijk niet typisch vrouwelijk en daarom komt ook de mannelijke vorm in aanmerking. Alles mag.

is lichtelijk misleidend: niet zozeer het beroepsgeheim, doch het daaraan te ontnemen verschoningsrecht biedt de aanblik van een doolhof. Immers: niet een ieder die in de zin van art. 272 Sr. een beroeps- of ambtsgeheim heeft (daartoe rekenen wij ook de geestelijke, bij wie wij vroeger van *standsgeheim* repten) (5), heeft als getuige een verschoningsrecht. Beroeps- of ambtsgeheim *buiten* rechte is allerminst garantie (wel noodzakelijk vereiste) voor verschoningsrecht *in* rechte. Een rechter, die heeft uitgemaakt dat een getuige buiten rechte geheimhoudingsplichtig is *uit hoofde van* (in de zin van art. 272 Sr.), dient vervolgens nog de omineuze vraag te beantwoorden of daaraan in rechte, voor de functionaris als getuige, ook een verschoningsrecht valt te ontnemen?

Verschoningsrecht is een inbreuk op de regel van getuigenisplicht. Het ligt dus voor de hand om te denken aan een beperkte uitleg, doch hoe stelt de rechter die grenzen vast? De Nederlandse wetgever heeft dat sinds menschenheugenis aan het inzicht van de rechter overgelaten. Kon die rechter daarmee uit de voeten of behoeft hij zo langzamerhand duidelijke(r) normering? In dit preadvies beantwoord ik die laatste vraag ontkennend. Mijns inziens heeft met name ons hoogste rechtscollege kans gezien om ontwikkelingen bij te houden en wegwijzers te plaatsen.

Ik denk, behalve aan ambtenaren (6), naast de geneeskundige aan de psycholoog en para-medici/verpleegkundigen, naast de geestelijke aan de maatschappelijk werkers van velerlei pluimage (onder wie vrijwilligers, bij wie van een beroep in de zin van art. 272 Sr. niet te spreken valt), naast de advocaat en de notaris aan de eerstelijns-rechtshulp en de belastingconsulent, voorts aan de registeraccountant en de AA (accountant-administratieconsulent). Welke betekenis heeft het onderscheid tussen behandelende en niet-behandelende (zoals controlerende) geneesheren? Hoe met medewerkers aan alternatieve instellingen van hulpverlening, zoals JAC, Release, Sosjale Joenit, Poortgebouw A'dam (van weglopers – 23 dec. 1985 in een NCRV-uitzending geschat op 25 à 40 duizend per jaar – tot diefjes) en met opvangcentra/opvanggezinnen?

Zeker, zij passeerden niet allen ons hoogste rechtscollege, doch wegwijzers zijn vooral bedoeld voor wie nog niet eerder langs kwamen. Zoals ik in het Voorwoord aankondigde: in dit preadvies concentreer ik mij op die wegwijzers.

(5) Zie Verburg's diss. hoofdstuk III par. 2.

(6) Daartoe reken ik in dit preadvies de notaris gemakshalve niet.

1.2. Van een functioneel verschoningsrecht (7) is voor burgerlijke zaken sprake in art. 1946 BW (lid 2 onder 3e): het geldt voor hen, die uit hoofde van hun *stand, beroep of wettige betrekking* tot geheimhouding verplicht zijn.

Voor strafzaken staat dit in 218 Sv.: het geldt voor hen, die uit hoofde van hun *stand, beroep of ambt* tot geheimhouding verplicht zijn. Weliswaar geldt dit wetsartikel het gerechtelijk vooronderzoek, doch 284 Sv. bepaalt hetzelfde ten aanzien van het onderzoek ter terechtzitting; in dit preadvies rep ik verder gemakshalve alleen van 218 Sv.

Art. 272 Sr. stelt strafbaar (meestal op klachte) de opzettelijke schending van geheimen, die iemand uit hoofde van *ambt, beroep* of wettelijk voorschrift danwel uit hoofde van vroeger ambt of beroep verplicht is te bewaren.

Wetsontwerp 10 377 (Ontwerp Burgerlijk Bewijsrecht) rept van hen, die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun *ambt, beroep of betrekking*.

Niemand betwist, dat met deze lichtelijk verschillende formuleringen steeds hetzelfde is bedoeld; Verburg diss. p. 36-48. Met Verburg diss. p. 107 en Noyon-Langemeijer-Remmelink II p. 873 neem ik aan, dat 272 Sr. ook op geestelijken van toepassing is. Tevens bestaat eenstemmigheid daarover, dat al deze wettelijke formuleringen in elk geval beogen uit te sluiten, dat een verschoningsrecht louter op grond van de bijzonderheden van een geïsoleerd geval zou worden toegekend; Melai 218 Sv. p. 7.

Hoever gaat onze interpretatie van het samenstel van die verschillende formuleringen?

In zijn toelichting op het cassatiemiddel (voorgedragen in belang der wet, ongegrond bevonden door HR 23 juni 1961, NJ 1964-170) pleitte Proc. Gen. Langemeijer voor erkenning van de gezinsvoogd als subject van verschoningsrecht, vooropstellende waarom zijns inziens van deze te zeggen valt, dat hij in de zin van 1946 BW een ambt, beroep of wettige betrekking heeft, ook al kan van 'om den brode' (woorden door Langemeijer niet gebruikt) niet gesproken worden. Langemeijer verklaarde waarom naar zijn mening elk van de genoemde formules moet worden opgevat als omvattende iedere scherp omlinjende *maatschappelijke functie* met eveneens duidelijk omlinjende taak ten aanzien van anderen, voorzover die taak te eniger tijd mocht blijken bij de alsdan gegeven maatschappelijke verhoudingen geheimhouding te eisen. Voor dit preadvies staat mij deze uitleg van Langemeijer voor ogen: voor een

(7) Vgl. Van Veen's noot onder HR 17 maart 1981, NJ 1981-382, p. 1283 rechterkolom: Dat art. 100 lid 3 Sv. aan de ambtenaar van de PTT een verschoningsrecht toekent onder de daar genoemde omstandigheden moet eerder als een vergissing dan als een uitzondering worden beschouwd, zie Duisterwinkel-Melai aant. 8 op art. 100 Sv.

functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte en een functioneel verschoningsrecht van de functionaris als getuige (in rechte) vat ik *functie* op in die ruime, door Langemeijer aangegeven zin.

Daarmee is niet betoogd, dat aan *elke* aldus opgevatte *functie* buiten rechte een geheimhoudingsplicht en voor de functionaris als getuige in rechte een verschoningsrecht zou zijn te verbinden. Ik bedoel niet meer, dan dat elke zodanige functie een recht erop heeft om op geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht te worden onderzocht. 4.4.

1.3. De voor de handliggende vraag of dit geldt voor burgerlijke- en strafzaken in het algemeen en ook voor gedingen van meer bijzondere aard, is door ons hoogste rechtscollege onlangs (1 maart 1985, R.v.d. W. 1985-42) in een aan verschoningsrecht van de notaris gewijde uitspraak (het betrof een getuigenverhoor ex 223b Fw.) onomwonden bevestigend beantwoord:

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 gebracht wordt, 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. Dat beginsel vindt onder meer erkenning voor het burgerlijk recht in art. 1946 lid 2 aanhef en onder 3e BW, voor het strafrecht in art. 218 Sv. en voor het belastingrecht in de art. 53 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen (8) en 15 lid 3 aanhef en onder b Wet administratieve rechtspraak belastingzaken.

Ik acht mij ontslagen van de plicht nog na te gaan of enig rechtsgebied valt te bedenken waar dit algemene beginsel niet opgaat; zo geldt het stellig ook in tuchtzaken en zal een niet-wettelijk voorschrift daarvan geen afwijking te weeg kunnen brengen.

Het geldt ook elk getuigenverhoor, in burgerlijke zaken met name ook het voorlopig getuigenverhoor, in die zin Hof Leeuw. 30 sept. 1953, NJ 1954-155. Het geldt in strafzaken ook de instructie. Voorzichtigheid is geboden bij een hier te lande door een vreemde rechter opgedragen rogatoire commissie,

(8) Lid 2 luidt: Voor een weigering om te voldoen aan de in de art. 49 en 50 omschreven verplichtingen kunnen alleen de bedienaren van de godsdienst, notarissen, advocaten, procureurs, geneeskundigen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn. (AGL: dit illustreert de onwenselijkheid van zulke met geen maatschappij-ontwikkeling rekening houdende limitatieve opsommingen; bovendien zijn – vide 2.1 – de vroedvrouw en de apothekersassistent opeens vergeten!).

vanwege dan mogelijke i.p.r.-complicaties; vgl. HR 28 maart 1938, NJ 1939-122 met noot Paul Scholten.

De zojuist geciteerde notaris-uitspraak (R.v.d.W. 1985-42) betekent de onjuistheid van een uitspraak van R-C Curaçao (gerecht in eerste aanleg) van 8 juni 1983, NJ 1984-433, waarbij het beroep van een advocaat op verschoningsrecht in een faillissementsverhoor werd verworpen.

II. ER BESTAAT VOOR EEN GETUIGE GEEN FUNCTIONEEL VERSCHONINGSRECHT

ALS OP HEM — BUITEN RECHTE — GEEN FUNCTIONELE

GEHEIMHOUDINGSPLICHT (IN DE ZIN VAN 272 SR.) RUST. DOCH OMGEKEERD: ER

ZIJN WEL FUNCTIONEEL-GEHEIMHOUDINGSPLICHTIGEN (BUITEN RECHTE), DIE

(ALS GETUIGE IN RECHTE) GEEN VERSCHONINGSBEVOEGDHEID HEBBEN.

FUNCTIONELE GEHEIMHOUDINGSPLICHT-BUITEN-RECHTE IS CONDITIO SINE QUA

NON VOOR VERSCHONINGSRECHT ALS GETUIGE, DOCH DAARVOOR GEEN

GARANTIE.

2.1. In de rechtspraak zijn vanouds de geestelijke, de geneeskundige, de advocaat en de notaris (het klassieke kwartet) erkend als buiten-rechte-geheimhoudingsplichtig.

Rept de dichter Jan Greshoff van dominee, dokter en notaris, dan heeft hij een protestants dorp op het oog, waar (nog) geen advocaat gevestigd is.

Even eensgezind kent de rechtspraak hun als getuige verschoningsrecht toe, de deelgenoten aan dit kwartet zijn bij voorbaat als subject van verschoningsrecht aanvaard (9). Dat betekent niet, dat ze zonder meer kunnen zwijgen, maar over hun beperkingen in dit opzicht handelt V.

De begrippen advocaat en notaris zijn duidelijk; geestelijke en geneeskundige zijn vager begrippen. Rechtspraak over de vraag of een getuige, die zich

(9) Voor vroegere betwisting hiervan zie Verburg diss. (p. 101, advocaat en p. 114, predikant); de vroegere opvatting, dat het verschoningsrecht van de notaris tot diens zogenaamde legale bezigheden (akten verlijden en bewaren plus afschriften/uittrekself afgeven) zou zijn beperkt (in die zin Rb. Arnhem 24 mei 1928, NJ 1928 p. 1178) is al geruime tijd verlaten, zie Verburg diss. p. 116/7 en Melis' Commentaar op de Notariswet 1982, p. 77 v.v. Zie recent: H.M. Sasse's openingsrede Kon. Notar. Br. 1983 in WPNR 8 okt. 1983. Zie over het klassieke 'kwartet' de kritische noot van Melai onder HR 14 mei 1974, NJ 1974-468 p. 1348 linkerkolom: Onder de kap van het beroep en de stand schuilen o.a. al lang veilig de 'dokter, de dominee en de notaris'. De omstandigheid dat dit — in het werk van de dichter Greshof voortlevende — drietal bij die beschutting nogal veel ruimte voor zichzelf opeist, zodat het minder onder de drup komt dan vermoedelijk heilzaam zou zijn, kan hier verder buiten beschouwing blijven.

aandiende als geestelijke of geneeskundige, wel als zodanig erkenning verdiende, bestaat bij mijn weten niet.

Mij dunkt, dat behalve priesters, predikanten en rabbijnen in (huidige of vroegere) functie als geestelijken ook zijn aan te merken de andere voorgangers der te onzent erkende kerkgenootschappen (Verburg diss. p. 108 noot) en dat dit bijvoorbeeld ook geldt voor de geestelijke raadsman/raadvrouw (mij zij vergeven, dat ik niet voortdurend verbuig), na driejarige opleiding vanwege Stichting Humanistisch Opleidingsinstituut te Culemborg, die namens het Humanistisch Verbond de geestelijke verzorging in ziekenhuizen, verpleeghuizen, gevangenissen en kazernes behartigt, zonder zich grote zorgen te maken of hij of zij in de zin van art. 53 AWRB (noot 8) als bedienaren van 'de' godsdienst zijn aan te merken (10).

In het midden latend of een criterium als 'aanstelling vanwege het bevoegd gezag', Verburg diss. p. 111, nodig is, onderschrijf ik, dat onder geestelijken te verstaan zijn degenen, die door opleiding en ervaring in staat kunnen worden geacht onder enig toezicht de geestelijke behoeften van een enigszins omvangrijk deel van de bevolking duurzaam te voeden en richting te geven, Verburg diss. t.a.p. (11). Of, zoals Melai 218 Sv. p. 9 stelt, de soliditeit van de betrokken levensovertuiging enigszins gewaarborgd dient te zijn, betwijfel ik, ik acht dit als zelfstandig criterium naast de reeds genoemde niet vereist.

Voor uitleg van het begrip geneeskundige wijs ik op art. 21 van de Wet van 25 dec. (die datum schijnt toch te deugen) 1878, dat de eed niet alleen oplegt aan de arts en de tandarts, doch ook aan de apotheker, de apothekers-assistent en de vroedvrouw; zij allen zijn mijns inziens als geneeskundigen aan te merken. Vgl. art. 378 Code Pénal, dat de in ons 272 Sr. bedoelde groep personen aanduidt met 'les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires,

(10) Dat hiermee het laatste woord niet gezegd is, blijkt o.a. uit een publikatie in Het Parool van 29 nov. 1985 (van Harm Visser) over de School voor Filosofie (vestigingen in Amsterdam, Deventer, Driebergen, Den Haag en Zeist), met name over de vraag of het bij een bijzondere commissie uit de Tweede Kamer aanhangige onderzoeksrapport 'Overheid en nieuwe religieuze bewegingen' die School voor Filosofie terecht buiten beschouwing heeft gelaten? Zie ook Verburg diss. p. 109-113. Zie ook diss. T.A.M. Witteveen, 1984, Groningen 'Overheid en nieuwe religieuze bewegingen' en dezelfde 'De positie van minderjarigen in nieuwe religieuze bewegingen' in Familie- en Jeugdrecht sept. '84.

(11) Zie over diaspora's in Nederland van elders gewortelde godsdiensten: Verburg diss. p. 111 noot 1: de geestelijke voormannen van de Islam moeten te onzent zeker als subject van verschoningsrecht worden aangemerkt.

par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie.' Verburg diss. p. 167 (12). Zie 4.1 in fine en 4.4.

2.2. Andere geheimhouders met verschoningsrecht:

een belastingconsulent (R-C, A'dam, 9 jan. 1933, NJ 1933 p. 882),
de rijksbelastingambtenaar (HR 3 mei 1956, NJ 1956-297, conform conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer en HR 14 mei 1964, NJ 1964-430, conform conclusie Advocaat-Generaal Bakhoven) en de rijksaccountant (Hof 's-H'bosch 28 sept. 1976, NJ 1977-312),
een psychiatrisch geschoolde maatschappelijk werker (onder bijkomende omstandigheden, die naar afgeleid verschoningsrecht tenderden, zie X: Hof A'dam 9 dec. 1960, NJ 1961-4, vervolg van HR 8 april 1960, NJ 1960-257),
de verpleegkundige (Hof 's-H'bosch 20 juni 1961, NJ 1962-344),
de reclaseringsambtenaar (HR 20 juni 1968, NJ 1968-332, met verwerping van het cassatieberoep ingesteld in het belang der wet door Advocaat-Generaal Van Oosten; in gelijke zin Hof 's-H'bosch 2 sept. 1969, NJ 1970-73),
een maatschappelijk ambtenaar bij de Raad Kinderbescherming, belast met het instellen van basisonderzoeken ex art. 30 KB van 20 juni 1956, S 336 (Hof 's-H'bosch 25 febr. 1969, NJ 1969-445),
een student-medewerker van het Bureau voor Rechtshulp VU, werkzaam onder leiding en verantwoordelijkheid van een advocaat: hier was duidelijk van een afgeleid verschoningsrecht sprake, zie X (Rb. Haarlem 11 maart 1975, NJ 1976-125),
een accountant-administratieconsulent (Ktr. 's-H'bosch 5 okt. 1979, NJ 1980-315),
de jurist-medewerker van een Bureau voor Rechtshulp (HR 25 okt. 1985, R.v.d.W. 1985-192, conform conclusies Advocaat-Generaal mevr. Biegan-Hartogh).

2.3. Gevallen waarin de rechtspraak aan geheimhouders geen verschoningsrecht toekende:

ambtenaar Raad van Arbeid (HR 29 nov. 1949, NJ 1949-664, in afwijking van conclusie Advocaat-Generaal Hooykaas en met instemmende noot Pompe; zie evenwel 4.2.d voor mogelijk andere rubricering van deze uitspraak),

(12) Zie over niet-behandelende geneesheren Verburg diss. p. 129 v.v. en Noyon-Langemeijer-Remmelink II p. 868 v.v. Over verschuiving van gezondheids- naar patiëntenrecht Melai 218 Sv. p. 10, de Leidse oratie 1973 van onze nationale ombudsman J.F. Rang en A.F.M. Dekkers 'Patiëntenrecht en patiëntenbeleid' 1981. Over een algemeen functioneel verschoningsrecht in de gezondheidszorg: J.H.S. van Herten in Del. en Delinkw. april 1984. Voorts: de discussie over geneeskundigen en sociale verzekeringen in NJB 1978 p. 453 v.v. en 637 v.v., F. Dekking 'De patiënt en het recht op informatie' 1979 en het (deel)advies inzake privacy-bescherming van de Centr. Raad Volksgezondheid (1981).

gezinsvoogd (HR 23 juni 1961, NJ 1964-170: Hof 's-H'bosch 15 dec. 1959 had beroep op verschoning verworpen, waartegen Proc. Gen. Langemeijer beroep in cassatie in het belang der wet instelde, dat ons hoogste rechtscollege verwierp; jammer genoeg bleef na Langemeijer's principiële cassatiemiddel deze vertraagd gepubliceerde uitspraak van een annotatie verschoond),

de kantonrechter (Rb. A'dam 18 juni 1974, NJ 1975-123: geldt het raadkamergeheim, art. 28 RO, ook voor de unus? Zo ja, dan kan dit niet méér betekenen, dan dat een unus geen getuigenis kan afleggen over de achtergronden van zijn beslissing a quo. In dat opzicht staat de rechter gelijk met de griffier, die blijkens zijn ambtseid verplicht is getuigenis af te leggen 'onverminderd het geheim van de raadkamer' (13),

de politie-ambtenaar (HR 17 maart 1981, NJ 1981-382 in afwijking van conclusie Advocaat-Generaal R Emmelink, doch met instemmende noot van Van Veen),

de registeraccountant (HR 25 okt. 1983, NJ 1984-132, conform conclusie Advocaat-Generaal Leyten en met instemmende noot 't Hart, alsmede Rb. Breda 2 mei 1984, NJ 1984-619, beide in een strafzaak; voorts Hof 's-H'bosch 26 juli 1984, NJ 1985-121 en HR 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985-125, beide in een civiele zaak. Naar aanleiding hiervan A.B. Frielink in TVVS 1985 p. 57 en Ellen de Groot in *Ars Aequi*, febr. 1986),

de in dienst van een stichting werkzame AA (accountant-administratieconsulent) en de in zelfde dienst werkzame Federatie-belastingconsulent (Rb. 's-H'bosch 13 nov. 1984, NJ 1985-710: in elk geval geen beroep op algemeen verschoningsrecht, de gegrondheid van een beroep daarop dient van geval tot geval nader te worden bezien aan de hand van de verrichte werkzaamheden: tegenspraak met het in 1.2 betoogde).

(13) In de NJ is deze uitspraak voorzien van een sterk afwijzende noot van Haardt: het gaat hier niet om het in art. 1946 BW bedoelde verschoningsrecht. Maar de Rb. had kunnen oordelen, dat het horen van de Ktr. over dit bewijsthema in strijd was met een goede procesorde of dat de partij, die hem wilde doen horen, misbruik maakte van een processuele bevoegdheid. Het hoger beroep kan dienen om de vaststellingen van de rechter in eerste aanleg zo nodig te corrigeren, maar die rechter zelf moet, als hij eenmaal gesproken heeft, daarbuiten blijven. Hij kan, binnen de grenzen door de wet getrokken, wederom na terugverwijzing in de zaak worden betrokken; ook om die reden dient hij niet als getuige in de zaak in appèl te worden betrokken. Ik vond in de jurisprudentie geen precedent voor wat hier geschiedde. Voor het aanzien der rechterlijke macht en dat der advocatuur is te hopen, dat het een unicum blijft. (Tot zover Haardt. Aan cassatiemiddel II uit HR 17 maart 1981, NJ 1981-382 en wel de toelichting daarop ontleen ik: De O.v.J. die in eerste aanleg de zaak behandeld had, kan niet gehoord worden, omdat het Hof ter terechtzitting d.d. 19 nov. 1979 overwoog, dat zulks niet past in het Nederlandse stelsel van strafvordering. Zie ook HR 17 febr. 1981, NJ 1981-536, waarover noot 17 Verburg MSr. p. 60 en T.M. Schalken in *Trema* 1983 p. 182 v.v.).

2.4. Gevallen waarin bij afwijzing van verschoningsrecht, geheimhoudingsplicht buiten rechte (min of meer) in het midden werd gelaten:

journalist (HR 11 nov. 1977, NJ 1978-399, conform conclusie Advocaat-Generaal Franx en met instemmende noot Heemskerk (14), de civiele zaak-Hoogendijk, alsmede Rb. Zwolle 4 maart 1985, NJ 1985-490 (15) en HR 17 jan. 1986, RvdW 1986-29; vgl. over de journalist Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 867 en Melai 218 Sv. p. 11/12. De regering heeft tot nu toe de gedachte aan een – beperkt – journalistiek verschoningsrecht enige malen afgewezen en mijns inziens zou aan hervatting van de discussie daarover de gesanctioneerde normering van journalistiek behoren vooraf dienen te gaan, zie Nabeschouwing. Acht jaar geleden verwierp de NJV het voorstel van de Persraad tot instelling van een 'sluiscommissie' en dat verkreeg de instemming van justitieminister De Ruiter), een assurantie-adviseur (Hof 's-H'bosch 28 april 1982, NJ 1983-164), een socioloog-onderzoeker (HR 10 jan. 1984, NJ 1984-722, conform conclusie Advocaat-Generaal Remmelink en met instemmende noot 't Hart), de belasting-adviseur, lid Ned. Orde van Belastingadv. (Rb. Zwolle 2 mei 1984, NJ 1984-581).

2.5. Gevallen waarin afwijzing van verschoningsrecht beargumenteerd met ontbreken van geheimhoudingsplicht-buiten-rechte:

journalist (HR 14 dec. 1948, NJ 1949-95, conform conclusie Advocaat-Generaal Langemeijer en met instemmende noot Röling, de strafzaak-Lunshof), een maatschappelijk werker (Hof A'dam 20 nov. 1958, NJ 1959-450), bankier (Hof A'dam 18 dec. 1974, NJ 1975-441, met noot Van Veen, die zich afvraagt of 's Hof's argumentatie niet te mager was: vgl. over de bankier Hof A'dam 30 jan. 1952, NJ 1953-208, Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 867 en HR 28

(14) Voor het dwangsom-vervolg van deze zaak: HR 18 mei 1979, NJ 1980-213 (conform conclusie Advocaat-Generaal Franx), met om rechtspolitieke en juridische redenen afwijzende noot van Heemskerk, leidende tot een gedachtenwisseling Langemeijer-Heemskerk in NJB 1980, 31 mei en 30 aug.

(15) Uitspraak in hoger beroep na R-C Zwolle 19 dec. 1984 (NJCM-bulletin 1985 p. 50, m.o. F. Kuitenbrouwer); zie eerder R-C Zutphen 29 sept. 1982 (NJCM-bulletin 1982 p. 413, m.o. Kuitenbrouwer), waarover Verburg MSr. afwijzend (p. 67/7). De beide R-C uitspraken luiden gunstig (de 'Zutphense lente') voor een (partiël) verschoningsrecht van de journalist, doch kenden mijns inziens aan het belang van vrije nieuwsgaring een te generaliserende betekenis toe: niet zomaar weegt dat belang zwaarder dan dat van waarheidsvinding-in-rechte. Zie over verschoningsrecht van journalisten voorts: L. van der Velde 'Pers is geen verlengstuk van Justitie' Tijdschrift voor de Politie 1984, H.J. Boukema 'Recht voor journalisten' (Zwolle 1984, p. 40 v.v.) en L.C.M. Meijers 'Verstaanbaarheid en verschoningsrecht' in Proces 1984, p. 329 v.v.

maart 1938, NJ 1939-122, in afwijking van conclusie Advocaat-Generaal Besier en met noot Paul Scholten),
een niet-ingeschreven AA (accountant-administratieconsulent, Rb. Roermond 21 april 1983, NJ 1985-122).

2.6. Bij het uitgangspunt aan de vraag naar functioneel verschoningsrecht komt de rechter pas toe nadat hij tot functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte heeft geconcludeerd, past nog een kanttekening.

Kennelijk – en waarschijnlijk ook wel een tikje verklaarbaar – beantwoordt een rechter ongaarne die voorafgaande vraag naar geheimhoudingsplicht-buiten-rechte en heeft hij nogal voorkeur ervoor om – als het ware in één adem – zich erover uit te laten of een functionaris behoort tot diegenen, die uit hoofde van . . . tot geheimhouding verplicht zijn *en tevens* zich van het afleggen van getuigenis jegens de rechter mogen verschonen? Bij ontkennende beantwoording van die dubbele vraag blijft in het midden of dat berust op een oordeel over de geheimhoudingsplicht-buiten-rechte.

Soms ook wordt diezelfde vraag als volgt geformuleerd: behoort de functie tot die functies, waar het belang van de hulpzoekende prevaleert boven dat van waarheidsvinding in rechte? In deze vraagstelling is de prealabele norm van functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte onder tafel gewerkt.

Gelukkig stelt de bij het schrijven van dit preadvies recentste uitspraak over het onderwerp van ons hoogste rechtscollege fraai orde op zaken: HR 25 okt. 1985, R.v.d.W. 1985-192 (over verschoningsrecht van de jurist-medewerker van een Bureau voor Rechtshulp) doet de beoordeling van het cassatiemiddel achtereenvolgens steunen op drie criteria:

- kan uitgegaan worden van het bestaan van een functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte?
- zo ja, behoort deze functionaris als subject van verschoningsrecht te worden erkend?
- zo ja, betreffen de hem te stellen vragen vragen materie, waarvan de wetenschap hem in zijn functie is toevertrouwd?

Ter voorkoming van misverstand teken ik hierbij aan, dat ik in 5.3 naar aanleiding van de recente notaris-uitspraak (HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985-52) hoop duidelijk te maken, dat de zojuist aangehaalde term ‘toevertrouwd’ veel kleurlozer is op te vatten dan de uitdrukking op het eerste gezicht taalkundig doet vermoeden. Dit betekent, dat het laatste zojuist genoemde criterium mijns inziens dient te worden gelezen als volgt: zo ja, . . . wetenschap door hem in zijn functie is verworven.

Mijns inziens is duidelijkheid omtrent de prealabele vraag naar geheimhoudingsplicht-buiten-rechte (waartoe een zedelijke plicht om naar elementaire fatsoensnormen discretie te betrachten onvoldoende is) niet alleen geboden, doch dient zij tevens de mijns inziens op het gebied van toekenning van verschoningsrecht te betonen terughoudendheid.

2.7. Volledigheidshalve beroep ik mij voor het conditio sine qua non-verband tussen geheimhoudingsplicht-buiten-rechte (in de zin van 272 Sr.!) en verschoningsbevoegdheid als getuige nog op de volgende bronnen:

- a. Meijers in NJ-noot onder HR 17 febr. 1928, NJ 1928 p. 727 (16).
- b. Langemeijer's conclusie in de zaak-Lunshof (NJ 1949-95 met noot Röling), waaruit:

Het middel (17) beweegt zich dus geheel om deze vraag: is de plicht die de journalist in het algemeen blijkt te gevoelen om het geheim van de identiteit van zijn zegslieden te bewaren, een plicht als bedoeld in art. 218 Sv.?

- c. Röling in zijn zojuist vermelde annotatie.
- d. Advocaat-Generaal Hooykaas in zijn conclusie voor HR 29 nov. 1949, NJ 1950-664 en Pompe in zijn annotatie daaronder.
- e. Langemeijer's vordering tot cassatie in belang der wet van Hof 's-H'bosch 15 dec. 1959, leidende tot HR 23 juni 1961, NJ 1964-170 (gezinsvoogd).
- f. Verburg's diss. op een aantal plaatsen; ik noem p. 49.
- g. Heemskerk in zijn noot onder HR 11 nov. 1977, NJ 1978-399 (de zaak-Hoogendijk).
- h. Zowel HR 25 okt. 1985, R.v.d.W. 1985-192, als de tweede conclusie in deze zaak van Advocaat-Generaal mevr. Biegan-Hartogh (d.d. 1 aug. 1985, punten 9 en 12.5). In haar eerste conclusie (20 febr. 1985) in deze zaak was zij minder duidelijk: weliswaar onderschreef zij de stelling dat het goede zin heeft om eerst onder ogen te zien of zo'n jurist-medewerker in beginsel wel kan behoren tot de in 1946 BW genoemden

die uit hoofde van hunnen stand, beroep of wettige betrekking tot geheimhouding verplicht zijn,

(16) Contra secret absolu ook mevr. Hazewinkel-Suringa p. 95 v.v.

(17) Uit dit cassatiemiddel meld ik de opzienbarende stelling, dat aan de geheimhoudingsplicht van de journalist niet afdoet, dat deze maatschappelijk niet algemeen zou zijn erkend . . .

doch hierop kwam de Advocaat-Generaal in haar eerste conclusie niet meer terug.

2.8. De slotsom mag zijn, dat naar huidig recht de prealabele vraag is of iemand die als getuige op verschoningsrecht *uit hoofde van aanspraak* maakt, buiten rechte wel *uit hoofde van* een geheimhoudingsplicht in de zin van 272 Sr. heeft

Anno 1986 geldt nog steeds uit Langemeijer's conclusie in de strafzaak-Lunshof (NJ 1949-95): staat onvoldoende vast, dat de getuige een functionele geheimhoudingsplicht heeft, dan moet de rechter onderzoeken of wat aanvankelijk wellicht een sociale plicht tot discretie was (van huis uit geen rechtsplicht) zich ertoe leent om door het recht te worden geadopteerd en tegen andere rechtsplichten te worden afgewogen. Daarbij kan nooit beslissend zijn hoe een bepaalde professie zelf daarover gelieft te denken. Vgl. Langemeijer t.a.p. p. 179:

De veel algemenere stelling: dat wat de beroepsgenoten voor een juiste beroepsuitoefening houden ook door de rechtsorde als geheel als zodanig moet worden aanvaard, is ook wel moeilijk te verdedigen. Bijna elk beroep toch brengt mede, dat men voor bepaalde maatschappelijke belangen meer oog heeft dan voor andere en bij vrijwel geen beroep ook lopen de beroepsbelangen geheel aan het algemeen belang parallel.

En t.a.p. p. 180 rechterkolom:

Ik zie hier een bevestiging van mijn mening, dat ook de vertegenwoordigers van een zeer achtenswaardig beroep niet de meest objectieve beoordelaars zijn van de plichten van dat beroep jegens de rechtsorde als geheel.

Bij gebreke van een wettelijk voorschrift (dat is meer regel dan uitzondering) zal de erkenning, dat een fatsoensplicht om discretie te betrachten is geëvolueerd tot geheimhoudingsplicht, op maatschappelijke aanvaarding in brede kring moeten berusten. Het was alweer Langemeijer t.a.p. p. 179 linkerkolom, die erop wees, hoe moeilijk het is om tot zo'n maatschappelijke aanvaarding in brede kring te kunnen concluderen:

De moeilijkheid is . . . natuurlijk deze, dat de maatschappij als geheel niet licht gelegenheid vinden zal om tegenover het verschoningsrecht van de journalist een bepaald standpunt in te nemen. Slechts van de kant van de juristen zien wij een aantal reacties op het probleem komen.

Nu geef ik natuurlijk toe, dat de juristen een groep zijn die even goed voor éénzij-

digheid van oordeel vatbaar zijn als de journalisten of welke andere groep ook. Intussen dient men te bedenken, dat de juristen niet als geheel hierbij partij zijn. Partij is slechts de rechterlijke macht en dan nog meer in een zuiver ideële zin dan men van de juristen zeggen kan. Onder de juristen in het algemeen zijn er wier gevoel waarschijnlijk dat van de journalist nader staat dan dat van de magistraat.

Tot besluit van deze paragraaf uit Van Veen's noot op Hof A'dam 18 dec. 1974, NJ 1975-441:

4. Indien art. 272 Sr. inderdaad zó moet worden gelezen dat de rechter van geval tot geval heeft uit te maken of hij met een beroep te maken heeft, waarvan de algemeen erkende beroepsethiek tot geheimhouding verplicht, zou hij zich ook in de beroepsethiek van de bankier moeten verdiepen. En wel in de vraag in hoeverre die ethiek toelaat aan derden over credietverlening inlichtingen te geven (het gaat hier niet om informatie aan de fiscus, waarover een uitgebreide literatuur bestaat, zie M. A. Wisselink: De vertrouwenspositie van de bankier in zijn verhouding tot de fiscus, Maandblad Belastingbeschouwingen dec. 1974 p. 263-272). In ieder geval zijn er situaties, waarin de Bank, als zijn eigen belang dat eist, richtbaarheid geeft aan zijn credietverlening. Bijv. bij faillissement van de debiteur. Maar ook als het belang van de debiteur zelf gediend zou zijn met het verschaffen van informatie aan derden.

Hoe het zij, indien art. 272 Sr. ook buiten de 'klassieke' geheimhouders en ambtenaren gelding heeft, zal voor het oordeel over de strafbaarheid nader op de situatie, waarover wordt geklaagd, en datgene wat de beroepsethiek over een dergelijke situatie heeft te zeggen, moeten worden ingegaan. En dan zou de motivering, waarmee het Hof de klacht heeft afgewezen, niet voldoende zijn.

III. FUNCTIONELE GEHEIMHOUDINGSPLICHT-BUITEN-RECHTE (IN DE ZIN VAN ART. 272 SR.) KAN BERUSTEN OP WETTELIJK VOORSCHRIFT, DOCH MEESTAL IS HET AAN DE RECHTER OM UIT TE MAKEN OF VOOR EEN FUNCTIONARIS VAN ZO'N FUNCTIONELE GEHEIMHOUDINGSPLICHT SPRAKE IS.

3.1. Wettelijke voorschriften staan voor ambtenaren in de zin van de Ambtenarenwet 1929, in art. 59 ARAR en verspreid over een groot aantal bijzondere wetten, waarover laatstelijk de memorie van toelichting op de wet van 30 juni 1967, S 377 (Bestrafning schending van geheimen) (18). Voordien hadden Bosch van Oud-Amelisweerd en H. H. Maas inventarisatiepogingen ondernomen (19). Zie voorts art. 67 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en

(18) Noyon-Langemeijer-Remmelink II. p. 863.

(19) Verburg diss. p. 217 noot 3.

voor BVD-ambtenaren art. 1.4 KB 5 aug. 1972, S 437.

Geneeskundigen en notarissen zweren of beloven geheimhouding op grond van wettelijke voorschriften, die een tot anderhalve eeuw oud zijn; voor de notaris geldt die eed of belofte slechts zijn authentieke akten, doch dat zijn geheimhoudingsplicht zich tot al zijn notariële werk uitstrekt, betwijfelt niemand. Dit laatste toont al aan, dat het betrekkelijk weinig zin heeft om op zoek te gaan naar de veelheid van wettelijke voorschriften te dezen (20). De Advocaat-Generaal Hooykaas voor HR 29 nov. 1948, NJ 1950-664 (met noot Pompe):

Men is op het eerste gezicht geneigd te dezen steun te zoeken bij de wettelijke bepalingen, regelende het ambtsgeheim der verschillende categorieën van ambtenaren. Vgl. voor een opsomming van deze bepalingen tot 1935: Bosch van Oud-Amelisweerd t.a.p., p. 3-4. Men zal dan echter ervaren slechts een wrakke stut te hebben gevonden. Deels maken deze bepalingen een willekeurige en weinig over-dachte indruk, deels zijn zij onduidelijk, goeddeels blijken ze bestemd de geheimhoudingsplicht van de ambtenaar tegenover het publiek te regelen, niet tegenover de rechter. Men moet dus naar andere criteria nevens haar omzien.

Verspreid komen enkele (voor functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte wezenlijke) wettelijke of op de wet berustende voorschriften aan de orde in dit preadvies. Hier volsta ik met nog te wijzen op de wettelijke regeling van de beroepen van registeraccountant (RA: wet van 28 juni 1962, S 268) en van accountant-administratieconsulent (AA: wet van 13 dec. 1972, S 748), welke van geheimhouding niet reppen. Voor de RA berust de functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte op krachtens de wet van 1962 totstandgekomen GBR (Gedrags- en Beroepsregels), waarvan art. 10 (dat voor elke enigszins vergelijkbare maatschappelijke functie model kan staan) als volgt luidt:

1. De registeraccountant houdt geheim al hetgeen hem in de uitoefening van zijn beroep als geheim is toevertrouwd of wat daarbij als een vertrouwelijke aangelegenheid te zijner kennis is gekomen.
2. De registeraccountant maakt van vertrouwelijke gegevens die in de uitoefening van zijn beroep te zijner kennis zijn gekomen, niet verder of anders gebruik, en aan die gegevens geeft hij niet verder of anders bekendheid, dan voor de vervulling van zijn taak wordt vereist.
3. Indien degene wiens aangelegenheid het betreft de registeraccountant heeft ontslagen van zijn plicht tot geheimhouding, is deze gehouden de belangen van alle

(20) Zie J. B. H. Röben in Belastingblad 23 nov. 1982 en noot 3.

betrokkenen en van de stand der registeraccountants zorgvuldig af te wegen, alvorens tot bekendmaking over te gaan.

4. Indien een voor de vervulling van de taak vereiste mededeling slechts kan worden gedaan door openbaarmaking ervan, is de registeraccountant gehouden ten aanzien van de wijze van openbaarmaking de belangen van alle betrokkenen en van de stand der registeraccountants in het oog te houden.

5. De bepalingen van dit artikel blijven voor de registeraccountant gelden nadat hij is opgehouden op te treden als accountant.

Ik ga ervan uit, dat ook voor de ingeschreven AA en voor de georganiseerde belastingconsulent van een buiten rechte geldende geheimhoudingsplicht in de zin van 272 Sr. sprake is (21).

3.2. De belangrijke vraag, die ons in dit hoofdstuk bezighoudt is mitsdien: hoe concludeert de rechter, bij gebreke van een duidelijk voorschrift, tot functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte?

Wat de klassieke geheimhouders betreft, geldt die plicht als gegeven bij voorbaat: *confidents nécessaires par excellence*. Doch andere ongeschreven geheimhoudingsplichten? Wij behoeven daaraan niet zwaar te tillen: in theorie is denkbaar, dat de categorieën van buiten-rechte functioneel-geheimhoudingsplichtigen gestadig toenemen, waarnaast het aantal verschoningsgerechtigden (als getuige in rechte) stabiel blijft. Doch weinig beoefenaren van een maatschappelijke functie gevoelen behoefte zich buiten rechte als geheimhoudingsplichtigen te presenteren zonder wenkend perspectief van het verschoningsrecht. Vandaar, dat de vraag naar erkenning van een ongeschreven functionele geheimhoudingsplicht vrijwel altijd aan de orde komt in het perspectief van een daaraan te ontleen verschoningsrecht als getuige.

Goed voorbeeld van analogie met onbetwiste functionele geheimhoudingsplicht (al heeft ons hoogste rechtscollege de kans gegrepen om het argument – terecht uit een oogpunt van voorkoming van precedentwerking – ongebruikt te laten) levert de jurist-medewerker van een bureau voor rechtshulp: de door de overheid begeleide en gefinancierde eerstelijns-rechtshulp werd ondergraven als in dit opzicht deze juridische raadslieden anders werden bejegend dan (vooral) de balie en, (in mindere mate), het notariaat.

HR 25 okt. 1985, R.v.d.W. 1985-192 verankert de geheimhoudingsplicht (buiten rechte) van zo'n jurist-medewerker B.v.R. dan ook niet in diens *contractuele* zwijgplicht. Dat ware in tegenspraak met HR 6 dec. 1955, NJ 1956-52:

(21) De doctrine is nogal eenstemmig van oordeel, dat het bij erkenning van geheimhoudingsplicht-buiten-rechte steeds gaat om een functionele geheimhoudingsplicht in de zin van 272 Sr.

272 Sr. doelt slechts op ambten en beroepen, die door hun áárd, dus ongeacht een in het bijzonder opgelegde of overeengekomen verplichting, een verplichting tot geheimhouding meebrengen (zie ook Heemskerk's noot onder NJ 1978-399, de civiele zaak Hoogendijk). Ons hoogste rechtscollège rept heel zorgvuldig van: *uit hoofde van zijn functie*, zoals *dan ook* voorzien in zijn arbeidsovereenkomst. Met andere woorden: van zo'n jurist-medewerker B.v.R. dient geheimhoudingsplicht-buiten-rechte reeds op de enkele grond van zijn functie te worden erkend, ongeacht of zijn arbeidscontract daaraan aandacht besteedt.

Hoe, zonder (impliciete of expliciete) analogie?

Mijns inziens begint dan het antwoord bij Langemeijer's conclusie in de strafzaak-Lunshof (2.8). De eerste vraag is immers of wat door de beroepsgenoten als (al dan niet beperkte) geheimhoudingsplicht wordt ervaren, ook door het recht als rechtsplicht geadopteerd kan worden?

Langemeijer's oordeel, dat de door journalisten sterk gevoelde discretieplicht (om hun zegslieden niet bekend te maken; ik laat nu even daar, dat dit een beperkte geheimhouding betekent) niet algemeen erkend is en ook niet verdient dat te zijn, betekent in elk geval deze aanwijzing: voor de aanvaarding, dat wat van huis uit een fatsoensnorm voor discretie was, zich tot ongeschreven rechtsplicht (tot betrachting van geheimhouding) ontwikkeld heeft – en zulks in de zin van 272 Sr. – is algemene erkenning nodig en het is primair aan de rechterlijke macht om daarover te oordelen (22).

Die rechterlijke macht (en de juristerij in het algemeen) mag niet doof zijn voor oordelen uit andere maatschappelijke geledingen, doch evenmin afgaan op *in* het betrokken beroep (mogelijk zelfs *door* het betrokken beroep als collectiviteit) onder woorden gebrachte denkbeelden. Bij vrijwel geen beroep lopen de beroepsbelangen voldoende parallel met het algemeen belang. In dit verband ontleen ik nog een andere waarschuwing aan Langemeijer's al enige malen genoemde conclusie (NJ 1949-95 p. 180 linkerkolom bovenaan):

Het is merkwaardig, dat de journalistieke gebruiken wel 'n allernadrukkelijkst beroep doen op het gevoel van journalisteneer ten gunste van het beroepsgeheim, maar deze zelfde grote kracht niet inschakelen om de maatschappelijke schaduwzijden van het geheim te verkleinen door middel van regels, die het gebruik van al te onzuivere bronnen verbieden. Zo ook treft het, dat van journalistenzijde weinig

(22) Vgl. Verburg MSr. p. 55: Is daarover niets in de wet vastgelegd, dan zou zo'n geheimhoudingsplicht ontleend moeten worden aan een algemeen normbesef, hetgeen gelet op art. 1 Sr. (nulla poena sine praevia lege) niet dan met grote terughoudendheid aanvaard zou mogen worden.

blijkt van zoeken naar een oplossing, die al de bij het vraagstuk betrokken belangen meer in evenwicht zou brengen dan een absolute aanvaarding of een absolute ontkenning van het verschoningsrecht.

Het laatst geciteerde woord past niet in een betoog over beroepsgeheim, duidelijk is evenwel, dat Langemeijer het aangehaalde betoog mede plaatste in het perspectief van het verschoningsrecht, waarom het in de zaak-Lunshof uiteindelijk ook ging. Vergelijk n.a.v. gemeld citaat ook Verburg MSr. p. 56: Een zwijgrecht zou bijvoorbeeld kunnen worden overwogen bij publicaties of uitzendingen, waarbij evident algemeen maatschappelijke belangen van bijzondere betekenis in geding zijn en het medium de toets van evenwichtigheid, betrouwbaarheid en zuiverheid van oogmerk kan doorstaan. Tot zover Verburg.

Tegen een zekere wildgroei van beroepsgeheim, ik merkte dat al op, bestaat op zich weinig bezwaar, zolang wij voor ogen houden, dat geen geheimhoudingsplicht-buiten-rechte garantie voor een getuige-verschoningsrecht biedt. Wel eens wordt onvoldoende bedacht, dat wie functionele geheimhoudingsplicht in huis haalt, ook 272 Sr. te logeren kan krijgen (23). Losgedacht van verschoningsrecht kan beroepsgeheim mijns inziens zonder duidelijke worteling in de maatschappij van de grond gebracht worden, doch dan krachtens geschreven regels. Is sprake van een voldoende hechte beroepsgroep, dan kan deze zich een beroepsgeheim aanmeten, mits: zo'n afspraak alle aangeslotenen bindt en in een eigen tucht-apparaat voorziet voor geval van schending (en niet uitsluitend opzettelijke schending) van het beroepsgeheim (24). Zie 4.6 en 5.7. De eis van maatschappelijke aanvaardbaarheid komt in zo'n geval pas aan de orde bij de vervolgvraag naar functioneel verschoningsrecht.

Goed voorbeeld van rechtsvinding ener functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte, bij gebreke van een geschreven verplichting, levert Hof 's-H'bosch 25 febr. 1969, NJ 1969-445 ten aanzien van een maatschappelijk werker bij een R.v.d.K., belast met basisonderzoeken conform art. 30 Organisatiebesluit (KB 20 juni 1956, S 336). Deze m.w. moet, aldus het Hof, in zijn rapport tal van gegevens verwerken, waarvan hij een aantal slechts kan ver-

(23) Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 867 en mevr. Hazewinkel-Suringa p. 46, die van een *privilegium odiosum* rept.

(24) Vgl. Advocaat-Generaal Remmelink in conclusie voor HR 10 jan. 1984, NJ 1984-722 (met noot 't Hart) over de privaatrechtelijke beroepscode van de Nederlandse Sociologische en Antropologische Vereniging (dec. 1975).

krijgen als gezinsleden en derden (zoals andere familieleden, een geestelijke, een huisarts, onderwijzers en burens) hem die willen verstrekken. Daarvoor moeten die personen erop kunnen vertrouwen, dat hij ze strikt voor kinderschermingsinstanties reserveert, terwijl zonder die medewerking zijn rapport geen verantwoorde oordeelsvorming zou mogelijk maken (25).

Daarentegen biedt HR 20 juni 1968, NJ 1968-332 een staaltje één-adem-techniek: dat een reclasseringsambtenaar krachtens zijn benoeming als zodanig een welomschreven taak heeft, welke doorgaans slechts naar behoren kan worden vervuld, indien degenen met wie hij bij zijn reclasseringsarbeid in aanraking komt, kunnen vertrouwen dat hij, ook indien hij is opgeroepen getuigenis in rechte af te leggen, het stilzwijgen zal bewaren omtrent datgene wat hem in zijn hoedanigheid is toevertrouwd.

In deze laatste overweging komt geheimhoudingsplicht slechts dankzij het woordje 'ook' even aan de orde. Dat neemt niet weg, dat deze uitspraak tevens van belang is vanwege de erkenning:

dat, zoals reeds in de bestreden beschikking is opgemerkt, deze geheimhoudingsplicht niet bestaat voorzover de belangen die hij met zijn arbeid heeft te dienen, eisen dat hij de hem daarbij gebleken feiten aan andere bij die belangen betrokken instanties mededeelt.

3.3. Men ziet: kernvraag bij ongeschreven geheimhouding is of de functionaris zijn welomschreven taak in het algemeen belang slechts optimaal (of behoorlijk, dat varieert) kan verrichten als betrokkenen buiten rechte niet slechts op zijn discretie doch op een geheimhoudingsplicht in optima forma mogen rekenen. Bij bevestigende beantwoording van die vraag behoort de rechter tot erkenning van functionele geheimhoudingsplicht-buiten-rechte te concluderen.

Die 'betrokkenen' worden vaak aangeduid als 'hulpzoekenden', doch wij moeten ons ervan bewust zijn, dat daaronder ook de door het Bossche Hof (NJ 1969-445) bedoelde informanten horen.

De eis 'in het algemeen belang' brengt mijns inziens mee, dat de functionaris moet behoren tot een herkenbare en representatieve functie-groep. Van een *beroepsgeheim* in het algemeen belang, kan zonder gewoonterecht, zonder

(25) Zie hetzelfde Hof 2 sept. 1969, NJ 1970-73 over een reclasseringsambtenaar (het cursieve NJ-kopje is bedriegelijk). Hier ging het om een door de minister van justitie goedgekeurde benoeming van een vervolgens beëdigde reclasseringsambtenaar, in de rang van ambtenaar Sociale Arbeid A bij de consultatiebureaus, uitgaande van een Vereniging Medisch Maatschappelijke Consultatiebureaus voor alcoholisme.

wettelijke regeling en zonder functie-organisatie wel bezwaarlijk gesproken worden. Vgl. 4.4.

IV. WELKE BUITEN-RECHTE-FUNCTIONEEL-GEHEIMHOUDINGSPLICHTIGEN ALS
GETUIGE (IN RECHTE) VERSCHONINGSRECHT HEBBEN (SUBJECT VAN
VERSCHONINGSRECHT ZIJN) IS TER BEOORDELING VAN DE RECHTER, DOCH
BERUST VOOR HET KLASIEKE KWARTET (GEESTELIJKE, GENEESKUNDIGE,
ADVOCaat EN NOTARIS) OP GEWOONTRECHT.

A. Functies bij overheid en semi-overheid

B. Andere functies

4.1. In dit hoofdstuk is de vraag aan de orde naar criteria, aan de hand waarvan de subjecten van verschoningsrecht (kunnen) worden geselecteerd (26). Dat begrip selectie is op zijn plaats: het gaat immers bij verschoningsrecht om een in beginsel strikt te interpreteren uitzondering op de in het belang van een goede procesorde geschreven regel van getuigenisplicht (27). Voor functioneel verschoningsrecht is daarom de principiële en primaire vraag: van welke functies komen de bekleders/beoefenaren als subject van dit exceptionele verschoningsrecht in aanmerking? Geen uitverkorenen, wel zorgvuldig geselecteerden.

Blijkens de rechtspraak vallen twee categorieën te onderscheiden, welke ik in het opschrift boven dit hoofdstuk met A en B aanduidde.

Op de achtergrond staat nog een gedachte (de laatste paragraaf van dit hoofdstuk gaat daarop in), waaraan ons hoogste rechtscollege tot nu toe voorbijging (gezinsvoogd, HR 23 juni 1961, NJ 1964-170) of kon voorbijgaan (uit de gezinsvoogd-uitspraak valt dat mijns inziens niet duidelijk op te maken), een gedachte echter, die hier en daar in de doctrine wel onder woorden is gebracht en die ik nu met grof opzet herleid tot deze: moet het niet gaan om functies, die doorgaans als 'baan', als 'living' worden uitgeoefend, dus niet om 'baantjes, nevenfuncties'?

(26) Vgl. Melai 218 Sv. p. 3.

(27) Blijkens de teksten van 1946 BW en 218 Sv. had de wetgever zich dat eenvoudiger voorgesteld, immers daaruit valt bezwaarlijk anders te lezen dan dat elke geheimhoudingsplichtige in beginsel tevens verschoningsgerechtigd is. Uit het in II geboden overzicht bleek al, dat de praktijk zich anders ontwikkeld heeft; vgl. Verburg diss. p. 31. Wel blijkt het vinden van criteria voor het onthouden van verschoningsrecht aan functioneel-geheimhoudingsplichtigen moeilijker dan het vinden van criteria voor erkenning van een functionarissengroep als subject van verschoningsrecht.

Van zo'n nevenfunctie was sprake bij de gezinsvoogd (Langemeijer onderkende die mogelijkheid van zo'n onderscheid en wijdde daaraan de aanvang van zijn cassatievoordracht), die ondanks Langemeijer's vurige pleidooi door ons hoogste rechtscollege niet als subject van verschoningsrecht werd erkend. Doch dat geschiedde op grond van een analyse van de mogelijke situaties, waarin een gezinsvoogd kan komen te verkeren, waardoor HR de gezinsvoogd niet als vertrouwensman van de ouders wilde aanmerken, zodat deze functionaris:

geen taak heeft voor welker deugdelijke vervulling het in het algemeen belang noodzakelijk is, dat degene wie in zijn hoedanigheid geheimen zijn toevertrouwd, zich ook in rechte van getuigenis dienaangaande kan verschonen, omdat hij door degenen die zijn hulp zoeken, als vertrouwensman wordt benaderd en zijn hulp, zulks in strijd met het algemeen belang, niet zou worden gezocht, indien zij die deze behoeven niet de zekerheid kunnen hebben (28), dat het geheim dat zij hem toevertrouwen, ook tegenover de rechter zal worden bewaard.

Evenmin, aldus ons hoogste rechtscollege, valt uit een bijzondere wetbepaling af te leiden, dat aan de gezinsvoogd zo'n verschoningsrecht zou toekomen.

Mij lijkt uit deze afspraak af te leiden, dat ons hoogste rechtscollege denkt aan vertrouwenslieden, tot wie reeksen hulpzoekenden zich plegen te wenden en dat doet dan een bezig zijn van die vertrouwenslieden 'om den brode' toch veronderstellen? Van functies als curator, bewindvoerder, executeur, bestuurslid, hoezeer op zich van vertrouwensfuncties sprake is en hoezeer ook deze incidenteel gehonoreerd worden, kan bezwaarlijk gezegd worden dat van de functionarissen in het algemeen belang regelmatig hulp wordt gezocht. Vgl. HR 26 april 1968, NJ 1968-305 in 4.4.

A. Functies bij overheid en semi-overheid

4.2. Om wille van de duidelijkheid stel ik maar meteen een conclusie voorop: ik zie weinig in het verschil tussen overheidsfuncties en andere. Voor de selectie als subject van verschoningsrecht gaat het mijns inziens altijd om dezelfde belangenafweging. Steeds is de hamvraag (een wat ingewikkelde formulering): of het algemeen belang, dat ermee gemoeid is dat gegevens over

(28) Hierbij teken ik aan, dat 'zich kunnen verschonen' niet de waterdichte zekerheid biedt, waarop in deze aanhaling gedoeld wordt. Voor juistere formulering (in de trant van: op stilzwijgen bij de rechter aanspraak kunnen maken) Melai 218 Sv. p. 2-3.

(rechts)personen, verkregen in de uitoefening van hun functie door functionarissen, jegens wie (soms zelfs in ons eigen belang) informatieplicht bestaat, aan die functionarissen niet voor los van hun functie staande doeleinden kunnen worden onttrokken (een uit privacy-overwegingen niet te onderschatten algemeen belang) al dan niet zwaarder moet wegen dan het aanzienlijke algemeen belang van de waarheidsvinding in rechte?

Het is de beantwoording van die vraag, welke over de selectie van subjecten van verschoningsrecht beslist. Daarbij moeten wij bedenken, dat het gaat om een groeps-selectie in algemene zin: in algemene zin (en zeker niet van casus tot casus, wèl van functiegroep tot functiegroep) legt erkenning van een functionarissen-genus als subject van verschoningsrecht de zelfstandige beoordeling van spreken of zwijgen in handen van ieder species van dat genus. Dat is nogal wat.

Het ligt voor de hand, dat de rechter tot zo'n erkenning niet dan schoorvoetend besluit, met gezonde tegenzin: hij is immers de bewaker bij uitstek van het met waarheidsvinding in rechte gemoeide algemeen belang.

Zo'n erkenning pleegt slechts te geschieden in het belang van de individuele relatie tot een (rechts)persoon en als het tevens privacy-gevoelige gegevens betreft, ten aanzien waarvan andermans belangen naar de achtergrond verwezen mogen worden. De 'klassieke' afkomst van 1946 BW en 218 Sv. illustreert dit reeds en buiten die individuele context wenst toch ook niemand te gaan? Kunnen andermans belangen niet zo maar naar de achtergrond verwezen worden, kunnen wij zo'n privacy-relatie niet voldoende 'isoleren', dan wordt toekenning van verschoningsrecht te onoverzienbaar om in een belangenafweging met dat van de waarheidsvinding in rechte te worden betrokken.

Overzie ik bij voorbaat het panorama van verschoningsrecht-subjecten, dat in dit hoofdstuk ontrold wordt, dan zien wij aan het ene uiteinde het klassieke kwartet, vervolgens hulpverleners met een meer ambtelijke inslag (reclasseringsambtenaar), vervolgens functionarissen wier taak in veel geringer mate op individuele hulpverlening gericht is (sociale dienst) en tenslotte de belastingambtenaar (aan wie sinds enige tijd een hulpverlenende publieksfunctie niet eens meer kan worden ontszegd).

Het is niet zo zwart-wit, maar waar eenstemmigheid bestaat over wie als subject van verschoningsrecht in elk geval in aanmerking komen, is de te isoleren privacyrelatie herkenbaar, zoals ten aanzien van de belastingplichtige, de aanvrager van een sociale uitkering, de te reclasseren delinquent en de gelovige/patiënt/cliënt.

Ook 'andermans belang in deze gevallen naar de achtergrond geschoven',

wordt maatschappelijk algemeen aanvaard: voor gegevens omtrent buurman's draagkracht behoren wij bij de belastingdienst niet te kunnen aankloppen.

Daarom zie ik ook binnen dat panorama ruimte weggelegd voor andere individueelgerichte functionarissen als de psycholoog, de belastingconsulent (zie persbericht Min. v. Fin. 8 okt. 1983, X-299) en – bij duidelijker groepsidentiteit – ook de maatschappelijk werker.

Het lijkt erop alsof in dit panorama de belastingambtenaar een *rara avis* is, de enige tot wie wij niet op basis van 'vrijwilligheid' ons wenden. Mijs inziens is dat schijn. Tot sociale dienst, reclasseringsambtenaar en zelfs tot het klassieke kwartet wenden wij ons veelal ook niet zo vrijwillig, er is daar van nogal wat sociale controle sprake. Bovendien kunnen wij een juridische raadsman toegevoegd en een boedelnotaris door de Rb. opgedrongen krijgen, voor de specialist behoeven wij een verwijsbriefje en huisartsen zijn hun praktijkbestaan aan het reguleren; vrijwillig? In vergelijkbare zin Verburg MSr p. 42.

Niet die zogenaamde vrijwilligheid beslist mijs inziens, doch de aard van door al die functionarissen over onze persoon en onze zaken verworven gegevens, waarvan het een algemeen belang is, dat ze niet dan bij hoge uitzondering worden gebruikt voor andere doeleinden dan waarvoor ze beschikbaar kwamen.

a Ambtenaar Raad van Arbeid

In afwijking van de conclusie van Advocaat-Generaal Hooykaas werd van deze ambtenaar het beroep op verschoningsrecht niet ingewilligd (HR 29 nov. 1948, NJ 1950-664, met instemmende noot Pompe, die meent dat 1946 BW voor het 'ambt' van deze ambtenaar niet bedoeld is (29)).

Moet in de uitspraak van ons hoogste rechtscollege inderdaad de afwijzing van deze ambtenaar als subject van verschoningsrecht gelezen worden (30)? Ik betwijfel dat, omdat HR zijn afwijzing grondde op de wettelijke beperking tot *als zodanig toevertrouwd* en, aldus HR:

niet blijkt, dat zodanig karakter eigen is aan hetgeen req. bekend zou zijn omtrent de in voormeld geding tussen twee personen, de een in loondienst bij de ander, te bewijzen opgelegde twee feiten, dat de eerstbedoelde hunner zelf voor zijn ziekteverzekering zou zorgdragen en dat bij onderling goedvinden op 7 Dec. 1946 diens loon werd teruggebracht tot een gulden per uur.

(29) Vgl. Verburg diss. p. 237.

(30) Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 498.

Dat deze ambtenaar subject van verschoningsrecht was, werd hiermee eerder aanvaard dan in het midden gelaten.

Of ons hoogste rechtscollege het probandum terecht niet rekende tot *als zodanig toevertrouwd*, is in het licht van latere rechtspraak een vraag; zie zo dadelijk sub b: *Belastingambtenaar en rijksaccountant*, met name de eerste daarbedoelde rechtsoverweging.

b Belastingambtenaar en rijksaccountant

De belastingambtenaar werd als subject van verschoningsrecht, in navolging van Langemeijer's cassatievoordracht in belang der wet, erkend door HR 3 mei 1956, NJ 1956-297, zulks op grond van het toenmalige geheimhoudingsvoorschrift art. 102 Wet Inkomstenbelasting 1914, jo. art. 1946 BW. Langemeijer had betoogd, dat een belastingaangifte c.s. niet als *toevertrouwd* kan gelden en dat er dus een andere bron van verschoningsrecht moest worden aangeboord; ons hoogste rechtscollege ging daarop niet expliciet in, doch kwam tot gelijk resultaat vanwege de te honoreren samenhang tussen de grote kracht van het geheimhoudingsvoorschrift-buiten-rechte en art. 1946 BW.

Het geheimhoudingsvoorschrift staat thans in art. 67 Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en daarover oordeelde eender (conform conclusie Advocaat-Generaal Bakhoven) HR 14 mei 1964, NJ 1964-430: wat een belastingambtenaar als zodanig te weten komt, moet hij 'buiten de dienst' voor zich houden en op dat relatieve ambtsgeheim berust tevens zijn relatieve verschoningsrecht als getuige.

Terecht oordeelde Hof's H'bosch 28 sept. 1976, NJ 1977-312 dat de doorgaans met fiscaal boekenonderzoek belaste rijksaccountant de functie van belastingambtenaar bekleedt en op gelijke voet als subject van verschoningsrecht is aan te merken.

c Reclasseringsambtenaar

Over deze functionaris oordeelde HR 20 juni 1968, NJ 1968-332 (in de 3.2 in fine al aangestipte uitspraak) waarbij tevens overwogen werd, dat:

al heeft een aan een getuige gestelde vraag rechtstreeks alleen betrekking op datgene wat de getuige zelf heeft verricht, de mogelijkheid bestaat dat de getuige die vraag niet naar waarheid kan beantwoorden zonder tevens te openbaren wat hem is toevertrouwd, terwijl zich aan een beoordeling van de cassatierechter onttrekt of in het onderhavige geval met deze mogelijkheid moet worden rekening gehouden.

Doch dit laatste is onderwerp van het volgende hoofdstuk.

In gelijke zin over een reclasseringsambtenaar Hof's-H'bosch, noot 25.

d Maatschappelijk ambtenaar Raad voor de Kinderbescherming

Hof 's H'bosch 25 febr. 1969, NJ 1969-445 aanvaardde, nagenoeg letterlijk in navolging van de zojuist genoemde uitspraak van ons hoogste rechtscollege, ook zo'n maatschappelijk ambtenaar R.v.d.K. als subject van verschoningsrecht; de ambtenaar was als medewerker aan het bureau van een R.v.d.K. verbonden, met als taak: het instellen van zogenaamde basis-onderzoeken. Ik vermeldde de uitspraak al 3.2 in fine. Evenals voor de reclasseringsambtenaar (die in elk geval aan reclasseringsinstanties heeft te rapporteren en zich in die relatie niet op verschoningsrecht kan beroepen) geldt ook voor deze medewerker bij een R.v.d.K., dat hij jegens kinderbeschermingsinstanties geen geheimhoudingsplicht heeft en in zoverre dus ook geen verschoningsrecht.

e BVD-ambtenaren

Hof 's H'bosch 26 okt. 1973 achtte gegrond het beroep op verschoningsrecht ex 218 Sv. van twee leden van de Binnenlandse Veiligheids Dienst, aangezien deze getuigen krachtens de wet (art. I.4 KB 5 aug. 1972, S 437) geheimhoudingsplicht-buiten-rechte hebben en het werk van de BVD onmogelijk zou worden wanneer BVD-ambtenaren ter terechtzitting over hun operationele werkzaamheden verklaringen zouden moeten afleggen. Om hier buiten beschouwing gelaten redenen kwam HR 14 mei 1974, NJ 1974-468 aan een oordeel niet toe, doch de conclusie van Advocaat-Generaal Remmelink en de noot van Melai behelzen waardevol materiaal.

Eerst uit Remmelink's conclusie (samengevat): Het cassatiemiddel maakt de fout, het beroepsgeheim niet voldoende te onderscheiden van dat ambtsgeheim, dat de Staat zijn ambtenaren soms zal opleggen om behoorlijk (of überhaupt) te functioneren. Dat laatste geheim is niet van persoonlijke relaties afhankelijk en op dergelijke relaties nu juist wel afgestemde rechtspraak over verschoningsrecht laat zich niet zomaar overbrengen op vragen over ambtsgeheim.

Bij ambtsgeheim gaat het om de vraag of uit de rechtsorde is af te leiden, dat ondanks de hoge prioriteit van waarheidsvinding in de rechtspleging, niet desalniettemin aan andere belangen de voorkeur moet worden gegeven. Dat laatste is bij uitstek het geval (vgl. art. 86 Arbeidswet, 10 Röntgenstralenwet, 25 Steenhouwerswet en 27 Warenwet) wanneer de staatsveiligheid (art. 3 Vuurwapenwet 1919) in het geding is.

Men kan die principiële keuze door de wetgever uitdrukkelijk gemaakt bij de art. 139a en 139b Sr. (ingevoegd bij de wet van 7 april 1971, S 180) en voorts af te leiden uit het KB, waarin de belangrijke taak van de BVD en de geheimhoudingsplicht wordt omschreven, niet afzwakken door te wijzen op de mo-

gelijkheid van misbruik en door te stellen, dat de veiligheid niet van de BVD afhangt, nog daargelaten ook, dat als men zo absolutistisch redeneert, vermoedelijk ook het medisch beroepsgeheim niet te handhaven is.

Tot zover uit Remmelink's conclusie. Ik meen, dat hij het gelijk aan zijn zijde heeft, doch niet als betoog pro verschoningsrecht, doch als een betoog pro doorgetrokken geheimhoudingsplicht voor deze BVD-ambtenaren, ook als getuigen in rechte. Vgl. hierna 6.1. Het gaat mijns inziens niet aan een ambtenaar om redenen van staatsveiligheid een verschoningsrecht toe te kennen, dat het in beginsel aan die ambtenaar overlaat of hij zal spreken dan wel zwijgen. Doch zie Verburg MSr. p. 41.

Melai in zijn noot (NJ 1974-468 p. 1347 rechterkolom par. 4) gaat mijns inziens dan ook terecht in op art. 288 Sv. (zie hierna XI): de rechter kan van vraag tot vraag beslissen tot het beletten van een antwoord, naast de mogelijkheid van 218 Sv., waarin de functionaris in beginsel zelf beslist. Tegenover BVD-functionarissen, aldus Melai, gaat het erom of met 288 Sv. kan worden volstaan of dat – ten nadele van de waarheidsvinding – grote verklaringsvrijheid van de getuige moet worden gedoogd met het oog op de bescherming van ons staatsbestel en de beginselen waarop dat bestel berust. (Mijnerzijds voeg ik toe: in geval van redenen van staatsveiligheid geef ik verre de voorkeur aan een in rechte doorgetrokken geheimhoudingsplicht; zelfs voor een rechter lijkt het mij moeilijk om in zo'n geval vraag tot vraag op 288 Sv. te toetsen.)

f Politie-ambtenaar

Een expliciete afwijzing van diens subject-zijn van verschoningsrecht behelst HR 17 maart 1981, NJ 1981-382, in dit opzicht afwijkend van de conclusie van Advocaat-Generaal Remmelink, doch met instemmende noot Van Veen. Hof 's G'hage had het hoofd van de justitiële dienst van de rijkspolitie te Utrecht als subject van verschoningsrecht ex 218 Sv. (jo. 415 Sv.) erkend, daarmee ook het beroep op art. 6 lid 3 aanhef en onder *d* Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en van de fundamentele vrijheden (gedaan ter afwering van die erkenning) verwerpend, van oordeel, dat dit europees artikel ons 218 Sv. onverlet laat.

Met het eerste cassatiemiddel acht HR hierdoor 218 Sv. geschonden:

Hetgeen door het Hof is overwogen had voor de rechter reden kunnen zijn om met toepassing van art. 288 jo. art. 415 Sv. het beantwoorden van de in 's Hof's overwegingen bedoelde vraag te beletten, doch het vermag niet de daaraan door het Hof verbonden gevolgtrekking te dragen dat ingevolge art. 218 van dat wetboek de als getuige gehoorde politie-ambtenaar het recht toekomt zich van het beantwoorden der vraag te verschonen.

In zijn noot (NJ 1981-382 p. 1283 linkerkolom) wijst Van Veen op het betoog van Advocaat-Generaal Remmelink, dat onder bepaalde omstandigheden aan toekenning van verschoningsrecht aan politiefunctionarissen niet zou vallen te ontkomen, wil het opsporingswerk niet onmogelijk gemaakt worden.

Ons hoogste rechtscollege, aldus Van Veen, gaat niet zover, legt de beslissing niet bij de getuige, doch houdt die met 288/415 Sv. aan de rechter (31). Tevens wijst Van Veen erop, dat het europese art. 6 lid 3 onder *d* de *methode* van getuige-*horen* aan de orde stelt en niet de materie van 218 resp. 288/415 Sv. Ook aan een door het OM ondervraagde getuige en ongeacht of de getuige door het OM danwel op verzoek van de verdachte is gedagvaard, kan de rechter toestaan een bepaalde vraag onbeantwoord te laten.

g Medewerker De Nederlandsche Bank NV

In aantocht is een uitspraak van ons hoogste rechtscollege over verschoningsrecht van een persoon als bedoeld in art. 46 lid 1 Wet Toezicht Kredietwezen 1978 (WtK). Dit artikellid luidt:

1. Het is aan ieder, die uit hoofde van de toepassing van deze wet of van de krachtens deze wet genomen besluiten enige taak vervult, verboden van gegevens en inlichtingen, ingevolge deze wet verstrekt, of van gegevens en inlichtingen, bij het onderzoek van boeken en bescheiden verkregen, verder of anders gebruik te maken of daaraan verder of anders bekendheid te geven dan voor de uitoefening van zijn taak of door deze wet wordt geëist.

Het in de Wtk. bedoelde toezicht wordt uitgeoefend door De Nederlandsche Bank NV (DNB), ingevolge art. 9 lid 3 Bankwet 1948. Ik ben erkentelijk, dat mij gelegenheid geboden is om over de per 15 januari 1986 bekende stand van zaken te berichten.

De gemeente Hillegom had in 1981 een kasdeposito geplaatst bij de Amsterdam-America Bank NV. Nog geen drie weken later verklaarde Rb. A'dam op verzoek van DNB, dat de AA-Bank verkeerde in de toestand bedoeld in art. 32 Wtk. en ruim twee maanden daarna werd de AA-Bank failliet verklaard.

In een op verzoek van de gedupeerde gemeente bevolen voorlopig getuigenverhoor weigerde de registeraccountant, bij DNB werkzaam als hoofd van de accountantsdienst (en als zodanig belast met de uitvoering van ingevolge Wtk aan DNB opgedragen taken) om een aantal hem gestelde vragen te beantwoorden. Daartoe beriep bij zich op verschoningsrecht ex art. 1946 BW

(31) Waarover J.F.M. Fennis in Tijdschr. voor de Politie, mei 1984.

in samenhang met zijn geheimhoudingsplicht ex art. 46 Wtk. R-C A'dam (1 febr. 1983) wees dit beroep af, doch het Hof A'dam (30 mei 1983) vernietigde die beschikking, waarvan de gemeente Hillegom zich in cassatie voorzag. In cassatie kwam nog een tweede aspect aan de orde, van Europese aard. Blijkens de parlementaire behandeling van de Wtk is ernaar gestreefd die wet in overeenstemming te doen zijn met de Eerste Richtlijn van de EEG-Raad van 12 dec. 1977 'tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen', 77/780/EEG, Pb. 17.12.77, nr. L 322/30. Dit brengt mee, aldus HR 13 april 1984 (NJB 1984 p. 559), dat art. 46 lid 1 Wtk niet kan worden uitgelegd zonder rekening te houden met de betekenis van art. 12 lid 1 van die Richtlijn, luidende:

De Lid-Staten bepalen dat alle personen die werkzaam zijn of werkzaam zijn geweest bij de bevoegde autoriteiten, aan het beroepsgeheim gebonden zijn. Dit houdt in dat de vertrouwelijke inlichtingen die zij beroepshalve ontvangen, aan geen enkele persoon of autoriteit bekend mogen worden gemaakt, tenzij dit krachtens wettelijke voorschriften geschiedt.

Iedere verdere beslissing aanhoudende, verzocht HR het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zich uit te spreken over de volgende drie prejudiciële vragen:

1. Heeft art. 12 lid 1, voorschrijvende hetgeen de Lid-Staten moeten bepalen, mede het oog op het afleggen van verklaringen door de in dat lid eerste zin bedoelde personen als getuige in een burgerlijk geding?
2. Zo ja, moet art. 12 lid 1 aldus worden verstaan dat ten aanzien van het afleggen van zodanige verklaringen alleen dan een op een wettelijk voorschrift berustende uitzondering – als bedoeld in de met 'tenzij' aanvangende laatste zinsnede van art. 12 lid 1 – mag worden aangenomen als deze kan worden gegrond op een wettelijk voorschrift, dat er speciaal op gericht is een uitzondering op het verbod van bekendmaken van bedoelde inlichtingen in te houden?
3. Of laat – nog steeds uitgaande van een bevestigende beantwoording van vraag 1 – art. 12 lid 1 toe een algemene bepaling als art. 1946, eerste lid, BW aan te merken als een wettelijk voorschrift krachtens hetwelk de in art. 12 lid 1 bedoelde inlichtingen bekend mogen worden gemaakt?

Advocaat-Generaal Sir Gordon Slynn concludeerde ter terechtzitting van het Luxemburgse Hof 11 juli 1985 tot beantwoording door het Hof als volgt:

1. De gebondenheid aan het beroepsgeheim als voorzien in art. 12 lid 1 van richtlijn

nr. 77/780 van de Raad geldt ook voor het afleggen van verklaringen door de in deze bepaling bedoelde personen als getuige in een burgerlijk geding.

2. Onder wettelijke voorschriften in de zin van art. 12 lid 1 zijn tevens voorschriften begrepen die niet specifiek zijn vastgesteld ter uitvoering van dit artikel, mits uit hun bewoordingen voldoende duidelijk blijkt dat zij verband houden met de betrokken materie.

3. Wettelijke voorschriften in de zin van art. 12 lid 1 van de richtlijn zijn niet beperkt tot die welke betrekking hebben op de in art. 12 lid 3 van de richtlijn bedoelde doeleinden, doch kunnen ook nationale bepalingen betreffende de verplichting tot het afleggen van getuigenis in een burgerlijk geding omvatten, voorzover deze niet onverenigbaar zijn met de algemene doelstellingen van de richtlijn.

De uitspraak van het Europese Hof van 11 dec. 1985 geef ik weer in het frans:

1. La disposition de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 77/780, selon laquelle l'obligation de garder le secret professionnel imposée aux personnes exerçant ou ayant exercé une activité auprès des autorités compétentes, implique que les informations confidentielles qu'elles reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit qu'en vertu de dispositions législatives, vise également les dispositions faites en qualité de témoin dans le cadre d'une procédure civile.

2. Les dispositions législatives permettant, aux termes de l'article 12, paragraphe 1 précité, de divulguer des informations reçues à titre confidentiel comprennent des dispositions de portée générale n'ayant pas pour objet spécifique d'établir une dérogation à l'interdiction de divulguer le genre d'informations visées par la directive mais fixant les limites que le respect du secret professionnel assigne à l'obligation de témoigner.

De tweede en derde vraag worden door het Europese Hof mitsdien van één gemeenschappelijk antwoord voorzien; de aan de uitspraak voorafgaande rechtoverwegingen verduidelijken dat. Het woord is thans in deze zaak weer aan de Hoge Raad der Nederlanden.

B. Andere functies

4.3 In het vervolg van dit hoofdstuk ga ik op het klassieke kwartet niet meer in. Ik beperk mij tot de meest recente erkenning en op de meest recente afwijzingen door ons hoogste rechtscollege van een functionaris als subject van verschoningsrecht. Daarmee beoog ik in het bestek van dit werk vooral ruimte te bieden aan een onderzoek naar door HR gebezigde maatstaven, waarbij ik verwijs naar noot 27.

a Jurist-medewerker Buro voor Rechtshulp

HR 25 okt. 1985, R. v. d. W. 1985-192 (conform twee in deze zaak uitgebrachte conclusies van Advocaat-Generaal mevr. Biegman-Hartogh), al enige malen ter sprake gekomen, antwoordde bevestigend op de vraag of zo'n functionaris als subject van functioneel verschoningsrecht is aan te merken.

Nadat HR eerst heeft vastgesteld, dat op deze jurist-medewerker buiten rechte functionele geheimhoudingsplicht rust (2.6 en 3.2-aanhel), komt HR tot bevestigende beantwoording vanwege de betekenis, die Buro's voor Rechtshulp hebben gekregen (en die zij in 1982, toen deze Winschoter casus speelde, al hadden) (32) voor het in de Wet Rechtsbijstand aan On- en Minvermogenden (WROM) verankerde stelsel van gefinancierde rechtshulp. Daartoe verwijst HR naar de memorie van toelichting op de Wet Tijdelijke Voorzieningen Rechtsbijstand (S 1983-642): dit stelsel heeft met de (nog) niet wettelijk geregelde Buro's voor Rechtshulp geleidelijk een nieuwe organisatorische onderbouw gekregen (Bijl. Hand. II 1982/3, 17 769 nr. 3 p. 11) en die ontwikkeling komt erop neer, aldus HR, dat de in de WROM aan de bureaus voor consultatie opgedragen taken door deze zijn 'overgedragen' aan de Buro's voor Rechtshulp, in die voege dat een deel van de eerstelijns-rechtshulp door de bureaus voor rechtsbijstand wordt geboden, zulks onmiskenbaar (gelet op een brief van de Minister van Justitie van 9 aug. 1983 aan de Landelijke Vereniging medewerkers Buro's voor Rechtshulp/LOK) overeenkomstig de wens van de overheid. Welnu:

Het strookt met de geschetste ontwikkeling en met het uitgangspunt van de wettelijke regeling van de gefinancierde rechtshulp 'dat geen rechtzoekende die werkelijk rechtshulp behoeft voor de behartiging van wezenlijke rechtsbelangen daarvan verstoken mag blijven'. (memorie van toelichting Wet tijdelijke voorzieningen rechtsbijstand, p. 11), om aan te nemen dat het maatschappelijk belang, dat een ieder die meent op grond van zijn financiële draagkracht voor rechtsbijstand op de voet van de WROM in aanmerking te komen, zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene te dien einde tot de bureaus voor rechtshulp kan wenden, zo zwaar weegt, dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt daarvoor moet wijken.

Tegen de achtergrond van een al in de jaren zeventig ingezette ontwikkeling, gelet op inspelen daarop van zowel wetgever als subsidiërende overheid en het zwaarwegende maatschappelijk belang, dat daarvoor in aanmerking ko-

(32) Zie voor een beknopt overzicht Jessurun d'Oliveira in de bundel 'Effectieve rechtsbescherming en constitutionele rechtsorde' (Nederl. Veren. v. Procestr., Tjeenk Willink Zwolle 1984) p. 174 v.v.

mende rechtzoekenden zich zonder vrees voor openbaarmaking tot de bureaus voor rechtshulp kunnen wenden, wordt het brevet van verschoningsgerechtigd-subject uitgereikt. En passant deed ons hoogste rechtscollege nog het bestaan van een landelijke beroepsvereniging uitkomen.

Het zou ook vreemd geweest zijn als niet naast de advocaat (het argument geldt in mindere mate de notaris) ook de jurist-medewerker BvR als verschoningsgerechtigde zou zijn erkend. Zou er verschil met de balie zijn, dan valt van 'zich vrijelijk kunnen wenden tot' bezwaarlijk te reppen.

Terecht mijns inziens (vgl. 3.2) begaf HR zich niet in analogische bespiegelingen, nu er maatschappelijk gesproken voldoende zelfstandige argumenten-met-inhoud waren aan te voeren, die (zo voeg ik toe) door vrijwel geen andere naar verschoningsrecht dingende beroepsgroep bijeen te brengen zijn. De maatschappelijke aanvaarding der bureaus voor rechtshulp, ook door justitiële overheid, rechterlijke macht, balie en notariaat, doch tevens in minder 'gevestigde' geledingen van onze samenleving is geen gemakkelijk te bereiken verworvenheid.

Nog zij verwezen naar conclusie-II van Advocaat-Generaal mevr. Biegmán-Hartogh, die veel materiaal aandraagt, culminerend in:

aangezien het fraaiste rechtssysteem van geen nut is wanneer een justitiabele er niet daadwerkelijk gebruik van kan maken, ligt het grote belang van het algemeen beschikbaar zijn van rechtshulp in het toegankelijk maken van het recht voor iedereen en dat belang geniet in ons land dan ook grondwettelijke bescherming, zie art. 18 Grondwet 1983.

b Registeraccountant

HR 25 okt. 1983, NJ 1984-132 (conform conclusie Advocaat-Generaal Leyten en met instemmende noot 't Hart) (33), overweegt ten aanzien van de (openbare) RA (meestal werkzaam in maatschapsverband), na op de geheimhoudingsplicht-buiten-rechte, 3.1 in fine, te hebben gewezen, dat de vraag naar een door de RA daaraan te ontlelen verschoningsrecht-als-getuige tijdens de behandeling van de Wet RA 1962 met opzet onbeantwoord was gelaten: daarover zou de rechter hebben te oordelen.

HR concludeert, dat de RA niet tot de in 218 Sv. bedoelde categorieën van hulpverleners is te rekenen, omdat zijn functies primair (vgl. par. 2 memorie van toelichting op de RA-wet 1962) controlerend zijn. Volgens die memorie van toelichting zijn belanghebbenden bij die primair controlerende functie in het bijzonder drie categorieën:

(33) Waarover A.F.M. Dorresteyn in MAB, jan. 1985.

- a. groepen, die door middel van de kapitaal- en geldmarkt belanghebbenden zijn, zoals aandeelhouders, obligatie- en pandbriefhouders, polishouders, pensioentrekkers, banken, spaarders enz.,
- b. de overheid en
- c. bestuurders van ondernemingen, instellingen en diensten van allerlei aard.

Voorts kan gedacht worden aan de werknemers en in het bijzonder de ondernemingsraad.

Tegen deze achtergrond volgen twee doorslaggevende overwegingen:

5.7 Van erkenning van een verschoningsrecht van de registeraccountant tegenover de strafrechter zou, nu deze niet behoort tot de onder 5.5 bedoelde personen (AGL: de individuele hulpverleners als het klassieke kwartet), sprake kunnen zijn indien de belangen van evenbedoelde categorieën van belanghebbenden niet naar behoren zouden kunnen worden gediend indien de registeraccountant tegenover de strafrechter bedoeld recht niet zou kunnen laten gelden en bovendien wel de met die belangen samenhangende geheimhoudingsplicht zwaarder zou moeten wegen dan het aanzienlijke belang van een goede strafrechtspleging in gevallen waarin de daarvoor noodzakelijke waarheidsvinding mede afhankelijk is van de getuigenis van registeraccountants.

5.8 De verscheidenheid in belangen van de onder 5.6 bedoelde categorieën in aanmerking genomen, kan bezwaarlijk in zijn algemeenheid worden gezegd dat het in het belang van deze categorieën zou zijn wanneer de registeraccountant feiten en omstandigheden welke bij de uitoefening van zijn controle-functie te zijner kennis zijn gekomen, tegenover de rechter niet zou behoeven te openbaren wanneer hij als getuige wordt gehoord. Veeleer brengt die verscheidenheid mee, dat hetgeen hem bekend wordt in het kader van zijn controle niet kan worden ontbeerd bij het aan de dag brengen van de waarheid, het belang waarvan in het strafproces voorop staat.

Ons hoogste rechtscollege hanteert (voor anderen dan de klassieke hulpverleners c.s. uit 218 Sv. en 1946 BW (34) naar mijn uitleg de volgende maatstaf: zo'n geheimhoudingsplichtige functionaris zou verschoningsrecht kunnen hebben indien:

A. niet alleen belanghebbenden bij de goede vervulling van zijn functie niet

(34) Terecht wijzen 't Hart (in zijn noot) en Verburg (MSr. p. 62) erop, dat het sterk erop lijkt, als heeft ons hoogste rechtscollege met deze RA-uitspraak ruimte willen scheppen voor een tweede rechtsgrond, náást de klassieke grondslag van het verschoningsrecht.

naar behoren (dat is eerder te bereiken dan 'optimaal') zouden kunnen worden gediend zónder dat de functionaris subject van verschoningsrecht is, en tévens:

B. aan de met die belangen samenhangende geheimhoudingsmogelijkheid méér gewicht is toe te kennen dan aan het (aanzienlijke) belang van een goede rechtspleging (waarheidsvinding in rechte).

Aan die maatstaf beoordeeld kan, gelet vooral op de verscheidenheid (AGL: uiteenlopendheid) van bij de controlefunctie van de RA betrokken belanghebbenden, bezwaarlijk *in zijn algemeenheid* (AGL: dat acht HR mijns inziens terecht vereist) worden gezegd dat een erkenning van de RA als subject van verschoningsrecht 'hun' belang zou zijn. Veeleer brengt die verscheidenheid mee, dat de RA als getuige juist wel verplicht is om in rechte getuigenis af te leggen. Ook naar mijn mening ligt een gewichtig argument tegen erkenning van de RA als subject van verschoningsrecht in die *uiteenlopendheid* van belangen, zodat *belangenbotsingen* allerminst denkbeeldig zijn.

Uit de mijns inziens baanbrekende conclusie van Advocaat-Generaal Leyten (zie vooral NJ 1984-132, p. 520 rechterkolom, doorlopend in p. 521 linkerkolom):

Wanneer we in dit stadium van het onderzoek gekomen nagaan, welke grote belangen er, gelet op de verbreidheid van financiële machinaties, gemoeid zijn bij het al dan niet kunnen (AGL: lees mijns inziens moeten) getuigen van de registeraccountant, die als financieel controleur is opgetreden, dan is naar mijn overtuiging het belang van waarheidsvinding door de plicht tot getuigenis te handhaven, duidelijk groter dan het belang van aandeelhouders enz. om zo juist mogelijk voorgelicht te worden, ook als het bedrijf daartoe aan de accountant laakbare daden moet medelen. Het verlenen van een algemeen verschoningsrecht zal een belangrijke bron van kennis voorgoed doen verstommen zonder dat gezegd kan worden, dat de plicht tot getuigen jegens het bedrijf en zijn directie onaanvaardbaar hard is en zonder dat het algemeen belang door deze plicht tot getuigen zo wordt geschaad, dat er daarom vanaf moet worden gezien.

En uit 't Hart's noot (t.a.p. p. 524 rechterkolom):

Bij die afweging spelen – uiteraard – veranderende opvattingen en maatschappelijke omstandigheden een rol. Op dit moment is er, dacht ik, een algemene tendens waarneembaar tot grotere alertheid op ingewikkelde financiële manipulaties en grote fraudes, gepleegd door personen en instellingen die vroeger misschien wat meer vanzelfsprekend buiten schot bleven. Dit komt ook tot uiting in het vervol-

gingsbeleid van het OM. Zie hierover H.G. van de Bunt en O.C. van Duyn in de Coornhert Liga-congresbundel 'De macht van het OM', Nijmegen 1983. p. 278-308.

Hiermee wil niet gesuggereerd zijn, dat juist registeraccountants regelmatig in dergelijke affaires zouden zijn betrokken (hetgeen in de toelichting op het eerste middel met klem bestreden wordt). Maar het zou eventueel wel een al dan niet expliciet maatschappelijk argument kunnen vormen om terughoudend te zijn in het meer dan strikt noodzakelijk belemmeren van omvangrijk fraude-onderzoek. Een strafrechtelijk verschoningsrecht zou een sterk belemmerende werking kunnen hebben die juist in het actuele tijdsgewricht minder acceptabel lijkt.

Bij de door ons hoogste rechtscollege ontwikkelde (door mij ook voor andere functionarissen met geheimhoudingsplicht dan de RA bruikbaar geachte) (35) maatstaf nog een enkele opmerking.

Allereerst deze, dat ik in enkele gebruikte woordkeuzen van zowel HR als Advocaat-Generaal toch enige identificatie bespeur met verschoningsrecht = zwijgen. In de geciteerde rechtsoverweging 5.7 rept HR van 'geheimhoudingsplicht', hetgeen mijns inziens 'verschoningsrecht' diende te zijn en de Advocaat Generaal schiet over het doel als hij van 'verstommen' rept. Dit terzijde.

Voorts deze vraag: als in een concreet geval een RA uitsluitend adviserend is bezig geweest, zou hij dan (voor die casus) wel als subject van verschoningsrecht te erkennen zijn? Mijns inziens werd die vraag door Rb. Breda 2 mei 1984, NJ 1984-619 terecht ontkennend beantwoord: bij functioneel verschoningsrecht gaat het om generieke en niet om individuele erkenning als subject daarvan (36). Wel zou mijns inziens de uitkomst een andere kunnen zijn, indien het NivRA in twee organisaties uiteen ging: controlerende en raadgevende RA's.

Tot gelijk resultaat als in de zojuist behandelde strafzaak kwam eerst Hof 's H'bosch 26 juli 1984, NJ 1985-121 en vervolgens HR 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985-125 (conform conclusie Advocaat-Generaal Leyten) in een civiele zaak. Uit deze laatste uitspraak:

(35) Anders H.M.N. Schonis in TVVS van 11 nov. 1983.

(36) Onjuist acht ik daarom Rb. 's-H'bosch 13 nov. 1984, NJ 1985-710, waarin (voor een niet-RA accountant) weliswaar verschoningsrecht wordt afgewezen, doch de mogelijkheid blijft opengelaten om van geval tot geval over de aard van de verrichtingen van zo'n accountant te oordelen. Deze uitspraak viel in een strafzaak; of Rb. wellicht 288 Sv. (zie XI) op het oog had, blijkt niet.

Voormeld oordeel van de HR dat de registeraccountant niet tot de beperkte groep van verschoningsgerechtigden kan worden gerekend, is gebaseerd op een analyse van de functie van de registeraccountant in de samenleving en een afweging van het maatschappelijk belang, dat de waarheid in rechte aan het licht komt. Er is geen grond aanwezig om aan te nemen dat dit oordeel niet evenzo zou gelden voor de procedure voor de burgerlijke rechter.

c Andere accountants

De wet van 13 dec. 1972, S 748 (in werking sinds 1 jan. 1974) heet: Wet op de Accountants-administratieconsulenten. Fraai is dat niet naast processen-verbaal en Advocaten-Generaal. De wet geldt de niet-RA accountancy (ingeschreven) speciaal in haar werkzaamheden ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf. Zelfs als deze accountants behalve controlerend ook regelmatig adviserend bezig zijn (doch aanwijzingen omtrent inrichting van de administratie dienen – op zijn minst mede – de controlemogelijkheden), houd ik het voor uitgesloten, dat sinds de recente RA-rechtspraak van ons hoogste rechtscollege een AA wèl als subject van verschoningsrecht wordt aangemerkt. Hier biedt, om met 't Hart in zijn noot onder NJ 1984-132 te spreken: de analogie een al dan niet expliciet maatschappelijk argument-contra.

d Socioloog-onderzoeker

HR 10 jan. 1984, NJ 1984-722 (Advocaat-Generaal Remmelink in zijn conclusie aarzelde, 't Hart in zijn annotatie stemt in) oordeelde, dat een socioloog-onderzoeker (enqueteur) niet als subject van verschoningsrecht in aanmerking diende te komen.

Ons hoogste rechtscollege was van oordeel, dat wat deze socioloog ter bescherming van de vertrouwelijkheid van hem in een lokaal bevolkingsonderzoek bekend geworden gegevens had aangevoerd, niet een *algemeen* verschoningsrecht ex 218 Sv. van zijn beroepsgroep rechtvaardigt. Wèl, aldus HR, had dit in deze strafzaak voor de Rb. aanleiding kunnen zijn om met toepassing van art. 288 (junctis 415 en 425) Sv. het beantwoorden van bepaalde vragen te beletten. Zie dienaangaande XI. Advocaat-Generaal Remmelink aarzelde.

Na eerst te hebben vastgesteld dat als een arts – na een door hem ingesteld sociaal-medisch onderzoek (geen verrichting als behandelend geneesheer) – zich als getuige op verschoningsrecht beriep (de ondervraagden mochten erop rekenen, dat hun identiteit geheim zou blijven; zie noot 28), dit beroep waarschijnlijk gehonoreerd zou zijn en dat dit onder vergelijkbare omstandigheden ook voor de psycholoog zou kunnen gelden, vraagt de Advocaat-

Generaal zich af waarom dit voor een socioloog-onderzoeker anders zou zijn? In geen van die gevallen is van individuele hulpverlening sprake, doch:

Een verschil is echter, dat het beroep van sociologisch onderzoeker nog niet die 'inwendige' opbouw en tucht kent als dat van een arts, die ook een geheimhoudings-eed (etc.) aflegt. Men zou echter kunnen stellen, dat ook het sociologisch onderzoek zijn (in samenwerking met een aantal instellingen en verenigingen op sociologisch-wetenschappelijk gebied in de ledenvergadering van de Nederlandse Sociologische en Antropologische Vereniging d.d. 18 dec. 1975 opgestelde) beroepscode heeft. En daarin is opgenomen een geheimhoudingsplicht. Ik leg Uw Raad een exemplaar over en attendeer op art. 19: De persoon van de informant blijft anoniem voor derden (enz.).

Gesteld zou kunnen worden, dat ook de sociologische onderzoeker, die niet bij de beroepsorganisatie (etc.) is aangesloten, zich aan die voor zijn beroep zo karakteristieke en noodzakelijke geheimhoudingsplicht zal houden.

Na een vergelijking met de journalist volgt echter:

Toch meen ik, dat de kans dat Uw Raad het beroep van sociologisch onderzoeker een verschoningsrecht zou toekennen, gelet op de ontwikkeling van de jurisprudentie als uitgesloten zal moeten worden beschouwd. Evenals inzake het beroep op verschoningsrecht van de politie werd gedaan, zal ook hier wel worden verwezen naar de praktische en handzame oplossing van art. 288 Sv.

Met 't Hart in zijn annotatie acht ik het door de Advocaat-Generaal deels genoemde, deels aangestipte formele criterium (Verburg rept in dit verband ook van exclusiviteit) zeker belangrijk, doch niet – op zich – doorslaggevend. Uiteindelijk (vgl. 't Hart's noot onder NJ 1984-132, waarover 4.3. *Registeraccountant*) gaat het om de materiële afweging van de belangen bij discretie van een geheimhouder (mits een algemeen belang daaraan ten grondslag ligt of, mogelijk lichter 'daarmee gemoeid is') tegen die van optimale (of, mogelijk lichter, 'behoorlijke') rechtspleging, waarin de kwaliteit van het feitenonderzoek altijd hoge prioriteit verdient.

Misschien, zo merk ik op, ging de Advocaat-Generaal ook wel te gemakkelijk ervan uit, dat 'de' socioloog-onderzoeker buiten-rechte een door 272 Sr. zo nodig gesanctioneerde geheimhoudingsplicht heeft.

Bij het aanleggen van de in 4.3. *Registeraccountant* onder A en B weergegeven cumulatieve maatstaf rijst vooral de vraag of zo'n sociologisch onderzoek pas naar behoren mogelijk is, indien de geënqueteerden buiten rechte niet slechts op discretie doch op een rechtsplicht tot geheimhouding mogen rekenen? Immers: pas bij beantwoording van die vraag komt de vervolgvraag aan de

orde: of voor zo'n behoorlijk onderzoek bovendien een uiteindelijk verschoningsrecht nodig is en wel: in het algemeen belang.

Die te stellen vragen hebben geen betrekking op enig sociologisch onderzoek in concreto, doch op zulke onderzoeken zoals deze doorgaans plegen te worden verricht. En valt zo'n vraag, bijvoorbeeld wegens onvoldoende geprofileerdheid van de betrokken beroepsgroep ('inwendige' opbouw, als door de Advocaat-Generaal genoemd, zou ik niet op zich voldoende achten), eigenlijk niet te beantwoorden, dan dient zo'n beroepsgroep voor een getuigeverшонingsrecht ook niet in aanmerking te komen.

4.4. Aan wat ik zojuist geprofileerdheid noemde, zijn verschillende aspecten te onderkennen. Zo eist mevr. Hazewinkel-Suringa p. 16, dat sprake is van een oirbare functie (AGL: en hoe bij onoirbaar gebruik van een oirbare functie?), dat de opleiding een goede en verantwoorde uitoefening garandeert en de functie als enige in de samenleving daartoe is aangewezen. Wat dit laatste betreft: balie en notariaat overlappen deels elkaar en zie thans ook de jurist-medewerker BvR. Wat opleiding/toelating betreft, was in de strafzaak-Lunshof (HR 14 dec. 1948, NJ 1949-95) van behoefte aan soortgelijke garanties sprake.

Heeft het lid van een uit ambtenaren (in casu: hoogleraren) bestaande ereraad (college-ad-hoc) een functioneel verschoningsrecht? HR 26 april 1968 NJ 1968-305 wees dit af (conform conclusie Advocaat-Generaal Remmelink) vanwege het incidentele karakter van zo'n functie. Vgl. 4.1 in fine.

Het bestaan van een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk tuchtrecht (soms naast elkaar bestaande, Verburg diss. p. 86 noot 4, zie ook het notariaat) kan veel gewicht in de schaal leggen. Het nadeel van slechts privaatrechtelijk tuchtrecht (geldt alleen aangeslotenen) weegt lichter naarmate een beroepsorganisatie meer aangeslotenen kent en voor de groep als geheel representatief is te achten; Verburg diss. p. 86, die in dit verband ook rept van exclusiviteit (vgl. Melai 218 Sv. p. 2), waarmee hij bedoelt (p.89; zie ook MSr p. 42):

dat de voor het beroep kenmerkende kennis en vaardigheden exclusief zijn met het oog op de juiste oplossing of aanpak van het probleem waarvoor de beoefenaar van dat beroep wordt gesteld. In ieder geval dient – voorzover aan deze strikte eis niet kan worden voldaan – het probleem zo nauw samen te hangen met een bestaande exclusieve deskundigheid, dat de hulpverlener met het oog daarop geacht kan worden bij uitstek geschikt te zijn voor de juiste oplossing of aanpak van dat probleem (bijv. de notaris als raadgever in familie- en/of vermogensrechtelijke kwesties). Vast moet kortom staan, dat bij een bepaald type van problemen alleen de beoefenaar van *dat* beroep adequate hulp kan verlenen.

Mijns inziens is hieraan, mits wij het begrip exclusiviteit niet te absoluut nemen, een bruikbare begrenzing van de verschoningsgerechtigde functies in het maatschappelijk leven te ontleen en dat geldt ook de vier voorwaarden, waaraan volgens Verburg (diss. p. 87) zo'n functie moet voldoen, wil de bekleder voor erkenning als nog niet benoemd subject van verschoningsrecht in aanmerking komen (vgl. Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 866/7):

- (a) De uitoefening van de aan het beroep verbonden werkzaamheden vereist een speciale deskundigheid.
- (b) Tot de uitoefening worden in beginsel alleen zij toegelaten, die voldoen aan de voor ieder beroep te stellen specifieke eisen van opleiding en/of ervaring.
- (c) De aan het beroep verbonden werkzaamheden dragen een duurzaam karakter, doordat zij beantwoorden aan een min of meer constante behoefte in de samenleving.
- (d) Met betrekking tot de wijze waarop het beroep wordt uitgeoefend, onderwerpen de betrokkenen zich aan de terzake opgestelde regels tot handhaving van de kwaliteit van de uitoefening. Voorzover ten aanzien van deze onderwerping enige vrijheid bestaat vanwege de privaatrechtelijke grondslag van de regeling, zal binnen de totale kring van beroepsgenoten toch een zekere mate van communis opinio moeten bestaan over de bij de beroepsuitoefening in acht te nemen normen (37).

V. OOK OVER DE REIKWIJDTE (HET OBJECT, DE OMVANG) VAN ZO'N FUNCTIONEEL VERSCHONINGSRECHT HEEFT DE RECHTER TE OORDELEN

5.1. In dit hoofdstuk gaat het, *prima facie* althans, om de beperking van het functionele verschoningsrecht, gelegen in de door 1946 BW en 218 Sv gebezigde woorden *als zodanig toevertrouwd*.

Bij 'als zodanig' denken wij: allicht. Is een predikant getuige van een verkeersongeval, was een arts getuige bij het laatste testament van een zieke of deelt iemand iets mede aan een naast hem in de zaal of op de tribune gezeten advocaat, dan geschiedt dat niet 'als zodanig'. Het wordt moeilijker als bijvoorbeeld een in de bij een verkeersongeval betrokken tram gezeten advocaat als getuige genoteerd wordt, daarbij opgeeft advocaat te zijn en enkele dagen later de trambestuurder hem vraagt als zijn raadsman te willen optreden; Verburg diss. p. 103.

En als in de zaal of op de tribune een cliënt zit? Wat ik de assistente van mijn huisarts meld over een andere patiënt van diezelfde huisarts? Het gesprek

(37) Een wettelijke regeling van de geheimhoudingsplicht behoort, terecht mijns inziens, niet tot deze voorwaarden. In andere zin blijkbaar plannen van de overheid, waarover Schonis in zijn in noot 35 al vermelde publicatie.

tussen kerkeraadslid en predikant over modernisering van de toiletten (38)? Wat ik, opgenomen in een ziekenhuis, de mij onbekende drager van een witte jas mededeel?

Omgekeerd: mij zijn door een arts, die mij behandelde, door een predikant tot wiens kerk ik behoor en door een advocaat met wie ik mij voor een gemeenschappelijke cliënt over een statutenwijziging boog, te hunnen eigen bate adviezen gevraagd, zonder dat ik hen tot mijn 'cliënten' kon rekenen en aan wie ik dus ook geen declaratie zond. Toch kwam het niet in mijn hoofd op om op hun vragen niet serieus in te gaan. Werd zo'n advies mij *als zodanig* gevraagd? Die kans is groot, als ik de soort van vragen in mijn herinnering roep.

Ook bij *toevertrouwd* denken wij: allicht. Een tikje vertrouwelijk, iets dat je niet zomaar prijsgeeft, moet het toch zijn en de gedachte aan *onder vier ogen* dringt zich op (39). Wellicht denken wij bij *toevertrouwen* aan eigen activiteit van biechteling, patiënt of cliënt?

Deze laatste gedachte bande HR 21 april 1913, NJ 1913 p. 958 al uit: de eigenaardige eisen van het geneeskundig beroep brengen mee, dat een ieder die zich of een der zijnen onder behandeling stelt, erop kan rekenen (40), dat hetgeen de arts bij de behandeling te weten komt, hetzij door mededeling van de patiënt zelf, hetzij door mededeling van een ander ten behoeve van de zieke, hetzij door eigen onderzoek omtrent de patiënt geheim blijve en dat alles moet dus *geacht worden* aan de arts *als zodanig toevertrouwd* te zijn.

Wat deze 'uitbreiding' van het begrip *toevertrouwd* betreft, heeft in de bundel 'Ontmoetingen tussen Themis en Aesculaap' Langemeijer in zijn opstel 'Het medisch beroepsgeheim' p. 14 erop gewezen, dat ter omlijning van het geheimhoudingsrecht van de arts de woorden *alleen en bij uitsluiting nopens hetgeen waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd* zeker onvoldoende zijn. Door observatie, aldus Langemeijer, en door afleiding uit mededelingen van de patiënt of van derden zal de arts meer geheimen leren kennen dan hetgeen in strikte zin gezegd kan worden hem bewust door iemand te zijn toevertrouwd. Men zal niet eraan kunnen ontkomen om in beginsel aan de dokter geheimhouding op te leggen van alles, wat hij enkel ten gevolge van zijn werkzaamheid als dokter is te weten gekomen.

(38) Zie D.J. Sannes in W 1187 en M. Visser in W 1196.

(39) Vgl. Langemeijer's conclusie voor HR 21 maart 1958, NJ 1958-213 (p. 457 rechterkolom): . . . het kan ook zijn, dat zij in simpele onverschilligheid in zijn bijzijn dingen hebben besproken, die hij voor de vervulling van zijn taak, zelfs van zijn taak als raadgever, niet behoefde te weten en die dus moeilijk kunnen gelden als hem toevertrouwd.

(40) Vgl. noot 28.

In diezelfde bundel komt J.J. Brutel de la Rivière 'Over het beroepsgeheim van de medicus' tot de volgende conclusie:

Zo gezien is het het beroep zelf dat uit zijn aard tot geheimhouding verplicht.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal blijken, hoe goed de geciteerde opvattingen passen in recente rechtspraak van ons hoogste rechtscollege (41).

Terzijde: de zojuist vermelde uitspraak-1913 maakt tevens duidelijk, dat HR in *als zodanig* en *toevertrouwd* niet twee criteria leest, doch samen één.

5.2. Dat begrip *als zodanig toevertrouwd* heeft in de loop der jaren door de rechtspraak een démasqué beleefd. Moesten wij in 4.2. *Belastingambtenaar en rijksaccountant* (1956) al eraan wennen, dat notabene een belastingaangifte heeft te gelden als aan de ons veelal totaal onbekende inspecteur *als zodanig toevertrouwd*, ook rond het klassieke kwartet maakte dat démasqué tot in het afgelopen jaar voortgang en met name de impressie, die de gedachte aan *onder vier ogen* geruime tijd maakte, bleek al evenmin rechtspraak-bestendig.

Over die ontwikkeling van *onder vier ogen* handelt 5.4, voordien ga ik in 5.3 in op de reikwijdte van het functionele verschoningsrecht in het algemeen. Uit 5.3 en 5.4 trek ik in 5.5 enkele conclusies, waarna ik in 5.6 dit hoofdstuk met een vraagteken besluit.

5.3. In 1.3 kwam al ter sprake HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985-52 over het verschoningsrecht van de notaris (42). In de aan OGEM c.s. aanvankelijk verleenden surséance vond een getuigenverhoor plaats ex 223b Fw van een notaris, wiens beroep op verschoning door R-C R'dam, (17 jan. 1983) werd verworpen, onder andere op grond:

dat het kernpunt niet is of de notaris datgene, waarover van hem een getuigenis wordt gevraagd, in de uitoefening van het ambt heeft bevonden of waargenomen (men stelle zich de notaris voor die weigert te verklaren omtrent de wijze waarop hij in de uitoefening van zijn ambt de trekking ener loterij verrichtte). Het kernpunt is of hetgeen de notaris heeft bevonden of waargenomen (daaronder begrepen hetgeen hem is medegedeeld) in beginsel een confidentieel karakter had, des, dat

(41) Vgl. over oorzakelijk en/of temporeel verband de bestrijding door Verburg diss. p. 60/1 van Verstegen en mevr. Hazewinkel-Suringa, alsmede Melai 218 Sv. p. 4 noot 2. Ook Hof 's H'bosch 20 juni 1961, NJ 1962-344 en Verburg diss. p. 65 over in functioneel verband verkregen wetenschap.

(42) Waarover mevr. A.J. van Erk in APB 13 okt. 1984 en 3 aug. 1985.

een of meer der betrokkenen met stelligheid mochten rekenen op het zwijgen van de notaris, ook in rechte (43).

Voorts:

dat de aan de notaris gestelde vragen niet betreffen hetgeen hem is toevertrouwd (dat is: in vertrouwen – op discretie – toegevoegd) maar gewoon hetgeen hij heeft bevonden en gedaan of nagelaten, zonder dat wie dan ook van zijn gesprekspartners rekende of mocht rekenen op discretie ook in rechte.

En tenslotte:

Volledigheidshalve zij nog opgemerkt, dat indien een of meer antwoorden op een of meer vragen van dien aard zijn, dat bovenstaand oordeel alsnog minder juist bevonden wordt, van het opnemen van die antwoorden en van het geven van (verdere) ruchtbaarheid daaraan zal worden afgezien (44).

In het door de notaris ingestelde appèl vernietigde Hof 's G'hage 23 dec. 1983 deze beschikking, waartegen vervolgens de surséance-bewindvoerders beroep in cassatie instelden. Ons hoogste rechtscollege wijdt (na de 1.3 al vermelde rechtsoverweging, dat verschoningsrecht berust op een algemeen rechtsbeginsel, dat voor een getuigenverhoor ex 223b Fw. niet buiten werking is gesteld) drie beslissende overwegingen aan de reikwijdte van het verschoningsrecht van de notaris:

3.4 Het tweede middel betreft de vraag tot welke feiten het verschoningsrecht van de notaris zich uitstrekt. Voorop moet worden gesteld, dat het Hof, blijkens zijn 3e rechtsoverweging, kennelijk ervan is uitgegaan, dat het verschoningsrecht van de notaris zich alleen uitstrekt tot datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig, dat wil zeggen als notaris, is toevertrouwd en dat alles waarvan de wetenschap hem als zodanig is medegedeeld, ook als hem toevertrouwd heeft te gelden. Dit uitgangspunt is, voorzover voor de onderhavige zaak van belang, juist; daarbij verdient aandacht dat het onderhavige verhoor in elk geval niet was gericht op beantwoording van de vraag of tussen twee of meer pp. met bijstand van de notaris een rechtshandeling was totstand gekomen en wat de inhoud van die rechtshandeling was (45)

Onderdeel 1 van het middel betoogt dat bij de vraag wat als aan de notaris toever-

(43) Vgl. noot 28.

(44) Zie ook Hof Leeuw. 30 sept. 1953, NJ 1954-155/441 en HR 19 nov. 1985, NJB 1986, p. 323 nr. 84.

(45) Voor de betekenis van deze volzin: zie 5.4.d.

trouwd heeft te gelden – in afwijking van het voorgaande – een algemeen onderscheid moet worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens, en dat zijn verschoningsrecht alleen de eerste categorie zou betreffen. Dit beoogt moet worden verworpen. Het miskent dat het verschoningsrecht ten doel heeft cliënten en andere belanghebbenden zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de notaris kunnen spreken. Die zekerheid zou door het maken van zulk een onderscheid op onaanvaardbare wijze worden aangetast (46).

3.5 Ook onderdeel 2 faalt. Het Hof heeft geen onjuist criterium aangelegd door te oordelen, dat de notaris het verschoningsrecht slechts kan worden ontzegd 'wanneer buiten redelijke twijfel staat, dat met de gevraagde getuigenis niet wordt getreden in de vertrouwenssfeer van zijn ambt', waarmee het Hof heeft willen aangeven dat de aard van het verschoningsrecht meebrengt dat de opgegeven vragen niet behoeven te worden beantwoord, zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven (47).

3.6 De in het begin van onderdeel 3 bestreden rechtsoverweging van het Hof brengt tot uitdrukking dat het verschoningsrecht van de notaris in zoverre niet absoluut is, 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 hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht. De eerste klacht van dit onderdeel gaat van een andere lezing uit en mist dus feitelijke grondslag.

Ook de tweede klacht faalt. Het Hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, zoals in de beschikking van de R-C werd voorgestaan, tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dit daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast. Daarbij is mede van belang dat een zodanige afweging een – als gevolg van die afweging wellicht niet als bewijsmateriaal te bezigen – openbaarmaking aan de rechter veronderstelt, die met de aard van het verschoningsrecht, zoals deze mede in het slot van het onder 3.5 overwogene tot uiting komt, niet te verenigen is.

Met hier geboden voorzichtigheid durf ik een enkele conclusie te trekken. Ten eerste, dat HR hiermee afwees Langemeijer's gedachten over nuancering, speciaal (vgl. noot 41) in zijn conclusie voor HR 21 maart 1958, NJ 1958-213 (waarin het ook om verschoningsrecht van een notaris ging):

Ik ben mij bewust hier wel zeer fijne onderscheidingen te maken, maar het wil mij voorkomen dat dit nu eenmaal geboden is in deze materie, die met een toepassing van meer generaliserende normen al te licht beslissingen kan opleveren, die aan

(46) Zie noot 28.

(47) Zie noot 28.

een van de beide hoogst waardevolle beginselen die ik in de aanvang noemde, kunnen tekort doen.

Mijn veronderstelling is, dat HR dergelijke nuanceringen (48) bewust afwijst in het belang van duidelijkheid over de reikwijdte van het functionele verschoningsrecht: dit strekt zich uit over al hetgeen de functionaris in de uitoefening van zijn functie aan de weet kwam, ongeacht of die weet vertrouwelijk is, want in het algemeen is de rechter niet in staat, het vertrouwelijke van het niet- of minder vertrouwelijke te (onder)scheiden. Dit is slechts anders wanneer buiten redelijke twijfel staat, dat een aan de functionaris als getuige gestelde vraag niet treedt in de vertrouwenssfeer van zijn functie.

De tweede conclusie is deze. Met deze notaris-uitspraak onderschrijft ons hoogste rechtscollege alsnog het uitgangspunt van Rb. Haarlem (6 maart 1958, beschikking vernietigd door HR 1958. NJ 1961-270, zie 5.4.b):

dat ten deze dan ook niet de vraag is – zoals de Ktr. blijkens zijn beschikking oordeelt – wat onder ‘geheim’ moet worden verstaan en hoever de geheimhoudingsplicht van de advocaat strekt, doch, algemeen gesteld: of de wetenschap omtrent het bewijsthema aan de advocaat in zijn hoedanigheid van advocaat is toevertrouwd.

Slechts dat laatste woord ‘toevertrouwd’ is minder gelukkig in het licht van de notaris-uitspraak-1985, immers ‘gebleken aan . . . als zodanig’ heeft te gelden als ‘toevertrouwd’. Hieraan verbind ik de conclusie, dat de notaris-uitspraak-1985 zich op zijn minst in beginsel ertoe leent om geldig geacht te worden ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht van alle subjecten van functioneel verschoningsrecht. De in 4.2. *Belastingambtenaar en Rijksaccountant* behandelde uitspraken over belastingambtenaren lopen daarmee al uitstekend in de pas.

5.4. De ontwikkeling van de gedachte aan *onder vier ogen* behandel ik aan de hand van vier uitspraken (Hof 's H'bosch en driemaal HR) in gevallen, waarin een juridische raadsman (driemaal een advocaat, eenmaal een jurist-medewerker BvR) tot bijstand van (of namens) een cliënt deelnam aan een bespreking met een of meer anderen, altijd met het oogmerk om enig vergelijk te bereiken. Blijken zal, dat meer en meer nadruk is komen te liggen op de

(48) Evenals beantwoording van door Melai 218 Sv. p. 25 geformuleerde vragen, gericht op beperking van de omvang van het verschoningsrecht, die door Melai mijns inziens terecht alle ontkennend worden beantwoord. In gelijke zin Verburg MSr. 32-34.

vraag 'wat heeft als toevertrouwd te gelden?', wil het verschoningsrecht aan zijn doel (kunnen) beantwoorden?

De vraagstelling is een normatieve geworden.

a. Hof 's-H'bosch oordeelde (17 dec. 1942, NJ 1943-513) over verschoningsrecht in een strafzaak tegen verdachte-X van een als getuige opgeroepen advocaat, raadsman van C, die op zijn advocatenkantoor namens C een gesprek met X had gevoerd over een door C van X verlangde schadevergoeding. Vast stond, dat X tijdens dat gesprek goed wist, dat de advocaat handelde namens C, de civiele wederpartij van X.

Het beroep van de advocaat op verschoningsrecht werd verworpen omdat geen sprake ervan kon zijn, dat X ervan verzekerd (49) mocht zijn, dat het in bedoeld gesprek door hem medegedeelde niet zou worden geopenbaard. Deze uitspraak (50) beperkte de reikwijdte van het verschoningsrecht door nadruk te leggen op het criterium *als zodanig toevertrouwd*. Wij zullen zien hoe die beperking meer en meer op de achtergrond is geraakt.

b. Voor HR 12 dec. 1958, NJ 1961-270 (met twee noten van Veegens, waarvan in het bestek van dit preadvies slechts de tweede ter sprake komt) was de casus als volgt.

FL, die in Haarlem twee winkelzaken dreef, had te haren huize met M een door haar advocaat bijgewoonde bespreking gevoerd. M meende, dat die bespreking had geresulteerd in de afspraak, dat hij recht had op provisie van de bruto-omzet. In een daarover door M tegen FL aangespannen kantongerechtsprocedure was aan M de totstandkoming van die afspraak te bewijzen opgedragen en daartoe riep M de advocaat als getuige op.

De Ktr. verwierp diens beroep op verschoningsrecht, waarop in appèl Rb. Haarlem (6 maart 1958) die beschikking vernietigde en het beroep alsnog honoreerde. Daartegen richtte zich M's cassatiemiddel (ik vat samen): de inhoud van een overeenkomst, althans de inhoud van het besprokene ter voorbereiding of bij het totstandkomen van een overeenkomst is nimmer een geheim, geheim is slechts wat verborgen moet blijven. Zo'n bespreking kan niet als *toevertrouwd* gelden. HR oordeelde, dat gezien de omstandigheden aan de advocaat geen verschoningsrecht toe kwam. Ons hoogste rechtscollege wijdde daaraan drie rechtsoverwegingen, waarvan ik de eerste twee weergeef in de verhelderende samenvatting uit Veegens' tweede noot en de derde rechtsoverweging in originali. Veegens' samenvatting:

(49) Zie noot 28.

(50) Waarover Verburg diss. p. 70.

Vooropgesteld wordt, dat de aanwezigheid van een derde-niet-cliënt bij een onderhoud tussen advocaat en cliënt op zich zelf het vertrouwelijke karakter van het besprokene niet opheft. Het kan immers met de verhouding van dien derde tot den cliënt zo gesteld zijn, dat hij moet worden gerekend tot den kring, waarbinnen volkomen vertrouwen behoort te heersen. Naar gelang van den aard van het geschil komen bijv. in aanmerking een gezinslid, een compagnon, de werkgever of een werknemer van den cliënt (51).

Voorts kan een rechtstreeks contact tussen den derde en den advocaat zijn totstandgekomen onder zodanige omstandigheden, dat een redelijke opvatting van het beroepsgeheim gebiedt ook deze mededelingen als 'toevertrouwd' te behandelen. Personen als bedoeld in de vorige alinea kunnen zich eigener beweging tot den advocaat hebben gewend.

Ik zou hieronder willen begrijpen de in de literatuur veel besproken figuur van de tegenpartij, die zonder juridische bijstand ten kantore van den advocaat van haar tegenpartij over afdoening of minnelijke regeling komt spreken en daarbij bepaalde erkenningen doet. De positie van den advocaat, die niet alleen vertegenwoordiger van zijn cliënt, maar ook orgaan van de rechtspleging is, gedooft niet, dat hij anders dan bij uiterste noodzaak in het strijdperk wordt getrokken. Ongeschokt vertrouwen van de rechtzoekenden in de balie is ook een algemeen belang. In haar vergadering van 29 september 1957 achtte de Nederlandse Orde van Advocaten het met grote meerderheid (± 230 tegen 30 stemmen) in het algemeen ongeoorloofd dat de advocaat getuigt omtrent datgene wat de wederpartij hem mondeling heeft medegedeeld. Adv. bl. 1957, p. 596.

Voor de opvatting, dat het arrest voor deze beperking ruimte laat, is steun te vinden in de ongegrondverklaring van onderdeel c van het middel, dat de inhoud van het tuseen twee partijen ter voorbereiding of bij het totstandkomen van een overeenkomst in tegenwoordigheid van den advocaat van één hunner besprokene nimmer een geheim kan zijn.

De derde rechtsoverweging van HR citeer ik letterlijk:

dat echter, afgezien hiervan (AGL: bedoeld is 'afgezien van de beide eerdere rechtsoverwegingen'), wanneer een advocaat, door een cliënt in de behandeling van enige zaak betrokken, te dier zake besprekingen met een derde bijwoont, welke de strekking hebben tussen den cliënt en den derde een toestand te scheppen of te doen vaststaan met rechtswerking óók jegens dien derde, deze strekking belet den inhoud dier besprekingen als dien advocaat toevertrouwd aan te merken.

Hierbij tekent Veegens aan, dat deze laatste rechtsoverweging aldus is te verstaan, dat de bedoeling om zo'n toestand te scheppen of te doen vaststaan ook

(51) Vgl. 4.2.a in fine.

in de vorm van een mondelinge wilsovereenstemming moet zijn verwezenlijkt.

Dit laatste is een belangrijke beperking, waarvan nog blijken zal, dat ons hoogste rechtscollege deze in een latere uitspraak expliciet heeft onderschreven (52). Doch geldt die beperking ook als partijen van mening verschillen en het überhaupt totstand gekomen zijn van een afspraak aan de wederpartij te bewijzen is opgedragen, omdat de cliënt van de als getuige opgeroepen advocaat die totstandkoming betwist? Brengt dat de spreekplichtige advocaat niet in een onmogelijke positie? Hierover uit Langemeijer's conclusie in deze zaak een waardevol citaat:

O. dat hieruit volgt dat geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht niet worden doorbroken door de enkele omstandigheid, dat de feiten waarover het gaat, zijn uitspraken van de cliënt tegenover een ander, aangezien zeer wel denkbaar is, dat de cliënt belang, en wel onder omstandigheden een gerechtvaardigd belang erbij heeft, dat het tussen hem en die ander besprokene niet ruchtbaar wordt of tenminste niet bewijsbaar komt vast te staan;

O. dat dit echter in beginsel anders is, voorzover het verhandelde tussen de cliënt en die ander slechts aan de orde is als uitmakende het sluiten van een overeenkomst, daar toch het karakter van de gedragingen van partijen bij het sluiten van een overeenkomst, namelijk dat van onderdeel van een rechtshandeling gericht op het scheppen van een verbintenis, uitsluit een gerechtvaardigd belang bij het loochenen van die gedragingen;

O. dat nu weliswaar de 'vertrouwensleer' op het stuk van het totstand komen van overeenkomsten de mogelijkheid medebrengt van deze figuur, dat de cliënt zijn handelingen subjectief niet als het medewerken aan het totstand komen van een overeenkomst bedoelde (en wellicht ook zijn advocaat ze niet als zodanig opvatte), terwijl toch de rechter uit de verklaringen van de advocaat zou afleiden, dat de wederpartij op het totstand gekomen zijn van een overeenkomst mocht vertrouwen, doch dat dit aan de hiervoor opgestelde norm geen afbreuk mag doen, daar toch in zulk een geval het belang van cliënt bij het onbewezen blijven van de bedoelde gedragingen geacht zal moeten worden door het recht niet te zijn erkend;

en tenslotte:

(52) De beperking was bepleit door beide preadviseurs C. H. Telders en R. A. Vos in de door Veegens genoemde vergadering: advocaten die tussen hun wederzijdse cliënten rechtshandelingen tot stand (helpen) brengen, kunnen als getuige worden opgeroepen om te verklaren over inhoud en betekenis van die rechtshandelingen. Anders is het gesteld met de niet gelukte poging om een strijd te beslechten. Zolang het bij pogen blijft, is alles in de geheimhoudingsplicht begrepen. Zie Adv. bl. 1957 p. 398 en 439, alsmede Verburg diss. p. 105 noot.

O. ten overvloede en buiten invloed op dit geval, dat het van geen belang is of de advocaat als getuige wordt voorgebracht door zijn cliënt danwel door diens wederpartij bij de bespreking en beweerde overeenkomst, daar toch het belang, dat men zich bij een bespreking door zijn advocaat kan laten bijstaan, ook langs deze weg kan worden geschaad, dat wederpartijen bij onderhandelingen zich tegen die bijstand zouden verzetten uit vrees voor de haar daaruit dreigende nadelen.

In beginsel is derhalve de situatie, waarin een advocaat getuigenis moet afleggen ongeacht of dit voor zijn (gewezen) cliënt voor- of nadelig is, slechts in zoverre bijzonder, dat sprake is van een doorbreking van Veegens' gulden regel, dat niet dan bij hoge uitzondering een advocaat naar de getuigenbank moet worden geroepen. Die regel zou ik trouwens ten aanzien van elke juridische raadsman willen toegepast zien.

c. Tot zover meen ik als volgt te mogen samenvatten:

1. De advocaat, die met de wederpartij overlegt (al dan niet in tegenwoordigheid van zijn cliënt) kan, indien dat overleg gericht was op jegens die wederpartij intredend rechtsgevolg, zich als getuige later slechts verschonen indien in confesso is, dat het overleg niet tot zulk rechtsgevolg heeft geleid.
2. Is in confesso, dat het overleg tot intreden van zodanig rechtsgevolg wel heeft geleid, dan geen verschoningsrecht ten aanzien van het besprokene.
3. Verschoningsrecht evenmin (althans in Langemeijer's opvatting) als het gaat om bewijs van het al dan niet ingetreden zijn van rechtsgevolg.
4. Onwaarschijnlijk is, dat het verschil maakt of ook de wederpartij door een advocaat werd bijgestaan.
5. Dat een advocaat getuigt over hem door de wederpartij van een cliënt mondeling gedane mededelingen, kan slechts als ongeoorloofd worden beschouwd voorzover de advocaat verschoningsgerechtigd is.

De verleiding om op deze vijf punten ook andere subjecten van verschoningsrecht te onderzoeken weersta ik, teneinde eerst nog twee recente uitspraken van ons hoogste rechtscollege over besprekingen anders dan onder vier ogen aan de orde te stellen.

d. In HR 22 juni 1984, NJ 1985-188 (met noot Heemskerk) ging het om een bespreking gevierd, aug. 1982, ten kantore van een Amsterdamse advocaat. Aan die bespreking namen deel: de advocaat, diens cliënt (Neyman, aspirant-huurder), de advocaat van de huiseigenaar en nog een aspirant-huurder. De bespreking beoogde een huurovereenkomst tot stand te brengen

tussen de bewoners van een gekraakt pand en de huiseigenaar, doch had geen (juridisch relevant) resultaat.

De bewoner-Neyman werd vervolgens door de huiseigenaar in kort geding gedagvaard tot ontruiming 'met al de zijnentwege aldaar aanwezige personen' en vanwege Neyman's verweer daartegen stelde Pres. A'dam de eigenaar in de gelegenheid om via een voorlopig getuigenverhoor bewijs aan te voeren voor zijn stelling, dat Neyman had behoord tot de oorspronkelijke 'fysieke' krakers. Op 22 juni 1983 werden beide advocaten door de R-C gehoord, waarbij Neyman's advocaat zich op verschoning beriep, hetgeen de R-C verwierp; in appèl werd die beschikking door Hof A'dam bekrachtigd. Daartegen richtte zich het cassatiemiddel: ten onrechte heeft Hof niet onderzocht of niet de omstandigheid, dat de bespreking zonder resultaat is gebleven, meebrengt, dat de (inhoud van de) bespreking als aan Neyman's advocaat *toevertrouwd* moet gelden. HR bevond dit middel gegrond:

3.4 Bij de bespreking van voormelde klacht moet het volgende voorop worden gesteld.

Het algemene belang, dat ermee is gemoeid dat men de hulp van een advocaat kan inroepen, heeft in rechtspraak en literatuur in dier voege erkenning gevonden, dat de advocaat wordt gerekend tot degenen aan wie een verschoningsrecht toekomt . . . Het bestaan van een zodanig verschoningsrecht dient uitgangspunt te zijn bij de beoordeling van de in dit geding aan de orde zijnde vraag.

3.5 Het strookt met het in 3.4 omschreven uitgangspunt om voor de vraag hoever het verschoningsrecht van de advocaat in een geval als het onderhavige reikt, zwaarwegende betekenis toe te kennen aan het belang dat ermee is gemoeid dat een partij zich bij een bespreking als vorenbedoeld - gericht op het totstand komen van een overeenkomst - door een advocaat kan doen bijstaan. Voorts valt in aanmerking te nemen, dat de partij die zich bij de bespreking door een advocaat heeft doen bijstaan, er een gerechtvaardigd belang bij heeft dat die advocaat, als de bespreking niet tot de totstandkoming van een overeenkomst heeft geleid, tot het afleggen van getuigenis omtrent het besprokene niet verplicht is. Dit een en ander, in onderling verband, wettigt de conclusie dat in zodanig geval voor die advocaat de inhoud van de bespreking heeft te gelden als aan hem als zodanig toevertrouwd in de zin van eerder genoemde bepaling.

Het bestek van dit preadvies laat helaas niet toe, dat ik inga op de belangwekkende beschouwingen in de conclusie van Advocaat-Generaal mevr. Biegman-Hartogh.

Slechts één opmerking over de relatie tussen deze uitspraak en die (5.4.b) uit 1958. HR-1984 spreekt zich niet uit - dat was ook niet aan de orde, de vruchteloosheid van de bespreking was in confesso - over verschoningsrecht ten aanzien van het probandum dat een door een advocaat bijgewoonde bespre-

king relevant rechtsgevolg heeft opgeleverd. Met name punt 11 uit de conclusie van de Advocaat-Generaal stijft mij in mijn gevoelen, dat een algemeen belang ermee gemoeid is, dat het getuigenis afleggen door juridische raadslieden, die in de zaak betrokken zijn (geweest), zoveel als maar mogelijk is vermeden moet worden, ook als van een te rechtvaardigen belang van de cliënt, dat zijn gedragingen onbewezen blijven, niet gesproken kan worden (zie Langemeijer aan het slot van 5.4.b). Ook dan acht ik het getuigenis van de eigen (voormalige) raadsman van de cliënt voor de rechtsorde zo schadelijk, dat dit het nut van de waarheidsvinding overtreft.

Ik verenig mij met een getuigenisplicht als voor enig bestanddeel van het overeengekomene nader bewijs ter precisering nodig is en er praktisch geen andere mogelijkheid is dan het getuigenis van de raadsman, die de bespreking bijwoonde. Doch voor het bewijs, dat de eigen (voormalige) cliënt in tegenwoordigheid van zijn (gewezen) raadsman überhaupt iets overeengekomen is, dient die raadsman buiten de getuigenbank te blijven. Ik herhaal echter: dit staat los van de uitspraak-1984.

e. De laatste uitspraak in deze serie 'besprekingen anders dan onder vier ogen' was al enige malen aan de orde: HR 25 okt. 1985, R.v.d.W. 1985-192 (conform conclusies A-G mevr. Biegman-Hartogh): hier ging het om de door een jurist-medewerker BvR bijgewoonde bespreking gedrieën. De casus toont grote gelijkenis met de zojuist besprokene in HR-1984: slechts de niet door een raadsman bijgestane belanghebbende ontbreekt in BvR-casus.

De jurist-medewerker had op verzoek van een cliënt diens bespreking bijgewoond met de advocaat van een schadevergoeding weigerende assuradeur. Ook deze bespreking leidde niet tot resultaat. In een daarop ten verzoeken van de cliënt belegd voorlopig getuigenverhoor kwam het tot een contra-enquête, waarin de jurist-medewerker zich als getuige op zijn functioneel verschoningsrecht beriep. De R-C honoreerde dit beroep, doch in appel werd diens beschikking door Hof Leeuw. 30 mei 1984 vernietigd, waartegen de jurist-medewerker cassatie aantekende.

Ons hoogste rechtscollege, na de jurist-medewerker BvR eerst als subject van verschoningsrecht te hebben erkend, oordeelde dat de vruchteloos gebleven bespreking had te gelden als hem als zodanig toevertrouwd en wel op overeenkomstige gronden als HR 22 juni 1984, NJ 1985-188 in rechtsoverweging 3.5 voor het daar bedoelde geval ten aanzien van de positie van de advocaat had ontwikkeld.

5.5. a. *Enkele conclusies over de reikwijdte van het functionele verschoningsrecht*

Allereerst verwijst ik naar de beide conclusies in 5.3 in fine. Daaraan voeg ik nog het volgende toe.

De notaris-uitspraak (5.3) behelst een duidelijke en mijns inziens ook voor de reikwijdte van ander functioneel verschoningsrecht geldende uitleg. Met name wat ons hoogste rechtscollege daarin aanhaalt uit het in cassatie bestreden oordeel van het Hof:

– dat het verschoningsrecht van de notaris zich uitstrekt over datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig, dat wil zeggen als notaris, is toevertrouwd en

– (AGL: vooral) dat alles waarvan de wetenschap die notaris als zodanig is meegedeeld ook *heeft te gelden* als hem toevertrouwd, samen met het eigen oordeel van HR, dat dit *uitgangspunt* juist is (zij het met de voorzichtige toevoeging: voorzover voor de onderhavige zaak van belang) komt mij slechts één stap tekort voor.

Immers ‘meegedeeld’ is al bijna drie/kwart eeuw (sinds HR-1913, halverwege 5.1) te beperkt, omdat vaststaat dat wat een subject van functioneel verschoningsrecht zelf heeft ‘bevonden’ in elk geval óók tot het bereik van zijn verschoningsrecht behoort. Vgl. ook conclusie Advocaat-Generaal Besier voor HR 17 febr. 1928, NJ 1928 p. 727:

Tot datgene waarvan in den zin van art. 1946 3e BW de wetenschap aan een vertrouwensman als zoodanig is toevertrouwd, behoort niet alleen wat hem is medegedeeld, doch ook wat hij tengevolge van het in hem gestelde vertrouwen heeft waargenomen.

De conclusie ware daarom, dat functioneel verschoningsrecht zich uitstrekt over alle in functie verworven wetenschap.

Weliswaar is daarmee een halt toegeroepen aan relativering en nuancering, terwijl toch de neiging voor de hand ligt om zo’n exceptionele bevoegdheid strikt te interpreteren, doch daarmee is enerzijds de duidelijkheid gediend en anderzijds erkend (met Veegens in zijn annotatie van HR-1958, zie 5.4.b), dat de enige die het geheel kan overzien de betrokken functionaris zelf is. Het is al een opgaaf voor een R-C om uit te maken óf een functionaris als (dikwijls nog onbenoemd) subject van functioneel verschoningsrecht dient te worden erkend. Onduidelijkheid nog eens daarnaast over de reikwijdte van het verschoningsrecht dient te worden vermeden. Ik herinner aan de sententie van Bijz. Raad van Cass. in NJ 1949-66:

waarbij mede mag hebben gewogen de moeilijkheid het vertrouwelijke van het niet vertrouwelijke te onderscheiden.

Wel is er deze grens, dat de rechter een beroep op verschoningsrecht mag (en behoort te) ontzeggen: wanneer buiten redelijke twijfel staat, dat met het gevraagde getuigenis niet wordt getreden in de vertrouwenssfeer van de functie.

De conclusie, dat voor de reikwijdte van het verschoningsrecht in het algemeen, het recente oordeel van ons hoogste rechtscollege over de notaris model mag staan, spoort met de ruime uitleg aan art. 67 AWBR (voor niet-hulpverleners) gegeven door (zie 4.2.b) HR 14 mei 1964, NJ 1964-430. Niet daarmee in overeenstemming Hof 's H'bosch 10 febr. 1983, NJ 1984-17: bekendheid van de arts met het tijdstip waarop de patiënt in het ziekenhuis is binnengekomen, is niet een aan de arts/getuige in zijn vertrouwensrelatie met de patiënt in het geheim of vertrouwelijk bekend geworden gegeven. Gelet op de notaris-uitspraak (doch die viel twee jaar later) had Hof zich dienen af te vragen of buiten redelijke twijfel stond, dat met de vraag naar dat opnametijdstip niet werd getreden in de vertrouwensrelatie arts-patiënt.

Blijkens de in 5.4 behandelde uitspraken-serie over op rechtsgevolg gerichte besprekingen 'anders dan onder vier ogen' geldt evenwel voor raadslieden tevens deze beperking, dat hun functioneel verschoningsrecht zich niet uitstrekt over (de inhoud van) besprekingen die met rechtens relevant resultaat zijn afgesloten (53).

Dat brengt mee, naar door HR-1958 (conform Langemeijer's conclusie, 5.4.b) werd aangenomen, dat als het probandum luidt of enig rechtens relevant resultaat bereikt is, zo'n raadsman geen beroep op zijn verschoningsrecht kan doen. Mijn twijfel aan de wenselijkheid om die leer te blijven omhelzen, heb ik doen blijken, daarop kom ik in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk nog even terug.

De vraag rijst nog: hoe, als aan zo'n bespreking bijvoorbeeld een geestelijke of geneeskundige deelnam, bijvoorbeeld ter geruststelling van een aan- of afwezig? Als dit van stonde af voor alle deelnemers aan de bespreking duide-

(53) T.a.v. de notaris aarzelt Melai 218 Sv. p. 9-10. De kwestie werd door Rb. A'dam 24 nov. 1934, NJ 1935 p. 1105 niet aangeroerd, doch het onderscheid dateert ook pas uit het eind van de jaren vijftig. Vgl. de zogenaamde 'gemeen goed gedachte' resp. de 'van meet af gedachte' in Hof Leeuw. 16 juni 1937, NJ 1937-983, Rb. Almelo 13 febr. 1939, NJ 1939-752 en Hof 's H'bosch 3 mei 1955, NJ 1955-783.

lijk was, sluit ik niet uit, dat hun beroep op verschoning honorabel blijft, ongeacht of de bespreking rechtsgevolg opleverde (54).

b. In 5.4.c gaf ik een voorlopige samenvatting in vijf punten in de context van 'anders dan onder vier ogen'. Thans vul ik aan als volgt:

a. In die vijf punten geldt voor de notaris en de jurist-medewerker BvR hetzelfde als voor de advocaat. Of dat ook andere subjecten van verschoningsrecht geldt, hangt mijns inziens af van de omstandigheden.

b. Het onder *a* gestelde geldt ook, indien sommige (of misschien wel alle) partijen dezelfde raadsman in de arm namen.

c. Het gestelde onder 3 bekritiseerde ik naar aanleiding van HR-1984 (5.4.d), ik bepleit: moet 'al dan niet rechtsgevolg' bewezen worden, dan komt verschoningsrecht toe aan elke raadsman, die als getuige geroepen wordt anders dan door zijn eigen (gewezen) cliënt.

d. Het gestelde onder 4 kan luiden: Het maakt geen verschil of . . .

5.6 Van de duurzame houdbaarheid van het onderscheid tussen wel en geen rechtens relevant resultaat opleverende besprekingen, ben ik niet overtuigd. Denk ik aan een bespreking, gewijd aan twee of meer geschilpunten en niet leidend tot resultaat op al die punten, dan vrees ik, dat de externe onseidbaarheid van vertrouwelijke en minder- of niet vertrouwelijke gegevens weer de kop opsteekt.

Denk ik voorts aan het algemeen belang, dat ermee gemoeid is dat rechtzoekenden zich vrijelijk en onbeschoemd tot vertrouwenslieden kunnen wenden, óók om hen bij mondelinge onderhandelingen bij te staan, dan vrees ik (met A-G mevr. Biegman-Hartogh in haar conclusie voor HR-1984, 5.4.d) dat de mogelijkheid dat de advocaat (om deze als voorbeeld te nemen) van een partij later geroepen kan worden tot getuigenis over iets, dat door die partij wordt betwist, voor het noodzakelijke vertrouwen in balie c.s. (en ook dat is een algemeen belang) heel schadelijk kan blijken.

Moet een probandum, dat objectief gesproken volkomen smettenvrij is, kunnen bewezen worden met het getuigenis van iemands eigen vertrouwensman in de zaak of van een gemeenschappelijk ingeschakelde vertrouwensman door partijen, die (later) verschil van mening kregen? Wie de neiging voelt, deze wat retorische vraag ontkennend te beantwoorden dient wel te bedenken, dat dit antwoord een belangrijke bewijscategorie ten aanzien van de hier

(54) In andere zin R-C Gron. 21 febr. 1940, NJ 1941-33.

bedoelde besprekingen nagenoeg uitschakelt. Tegen bandopnames zullen die raadslieden zich dan ongetwijfeld verzetten.

In dit opzicht voel ik niets voor enige wettelijke regeling. Wel beveel ik de in aanmerking komende beroepsorganisaties aan om zich (vooral gezamenlijk) te beraden over deze problematiek van het als getuige in rechte *roepen* van subjecten van functioneel verschoningsrecht. Op zijn minst stel ik mij een aanbeveling voor vergelijkbaar met mijn suggestie aan het slot van 6.3.

VI. VERSCHONINGSRECHT BETEKENT, DAT DE BUITEN-RECHTE GELDENDE
GEHEIMHOUDINGSPLICHT VAN DE FUNCTIONARIS VOOR DEZE ALS GETUIGE (IN
RECHTE) AFZWAKT TOT EEN DOOR DIE FUNCTIONARIS IN BEGINSSEL NAAR EIGEN
INZICHT TE HANTEREN BEVOEGDHEID OM TE KIEZEN: ZOWEL TUSSEN SPREKEN
EN ZWIJGEN, ALS TUSSEN SOMMIGE VRAGEN WEL EN ANDERE NIET
BEANTWOORDEN.

6.1. Dat functioneel verschoningsrecht uitsluitend ontleend kan worden aan een buiten rechte geldende geheimhoudingsplicht in de zin van 272 Sr., betekent dat een functioneel verschoningsgerechtigde, die zich als getuige op zijn geheimhoudingsplicht beroept, zich twee zaken kennelijk niet realiseert:

- dat als hij buiten rechte geen geheimhoudingsplicht had, hij thans geen subject van verschoningsrecht kon zijn en
- dat zijn verschoningsrecht hem nu dwingt tot een belangenafweging.

Die noodzaak tot belangenafweging is door de in 5.3 behandelde notarisuitspraak-1985 nog versterkt; die uitspraak immers laat het aan het verschoningsgerechtigd subject over om zelf zijn functioneel verworven kennis te splitsen in wel en niet vertrouwelijke gegevens. Wat overdreven uitgedrukt: gelet op die ruime uitleg van *als zodanig toevertrouwd*, staat de functionaris, die weigert ook maar enige hem als getuige gestelde vraag te beantwoorden, onder verdenking zijn bevoegdheid te overdrijven Vgl. reeds Langemeijer's voordracht tot cassatie in belang der wet (HR 3 mei 1956, NJ 1956-297, waarover 4.2.b):

Ook kan ik de mening delen van het Amsterdamse Hof, 15 febr. 1945, NJ 1946-342, dat op dit gebied gewaakt moet worden tegen de al te grote invloed, die schroom of angst, gewichtigdoenerij, overschatting van eigen positie, morele bezwaren of louter gemakzucht op getuigen kunnen hebben (55).

Voor rechtspraak over het karakter van verschoningsrecht als bevoegdheid wijs ik op HR 21 april 1913, NJ 1913 p. 958, HR 30 nov. 1927, NJ 1928 p. 265,

(55) Vgl. Pitlo-Hidma 1981, p. 95.

HR 1 juni 1936, NJ 1936-392, conclusie Advocaat-Generaal Hooykaas voor HR 29 nov. 1949, NJ 1950-664 (met noot Pompe), Rölíng's noot onder NJ 1957-309, HR 21 maart 1958, NJ 1958-213 en HR 17 nov. 1967, NJ 1968-163 (met noot Veegens).

Een *geheimhoudingsplichtige* getuige is nog hoger uitzondering dan een verschoningsgerechtigde getuige. Geheimhoudingsplichtige getuigen doen zich voor in gevallen als voorzien door art. 98-98b Sr., vgl. Rölíngs zojuist al genoemde noot in NJ 1957-309 en Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 397 en 865, waar tevens op art. 28 RO (raadkamergeheim) gewezen wordt. Vgl. 4.2.e in fine.

Een verschoningsgerechtigde getuige dient gewetensvol na te gaan (56) of en in hoeverre hij dient te spreken danwel te zwijgen. Hij zal moeten bedenken, dat zelfs buiten rechte zijn daar geldende geheimhoudingsplicht niet absoluut is: komt een behandelende geneesheer ernstige (kinder)mishandeling op het spoor of rijst bij een notaris het ernstig vermoeden, dat een door hem in bewaring genomen pakket van misdrijf afkomstig is (57) dan zal hij buiten rechte al gewetensvol hebben na te gaan wat hem te doen staat.

Als getuige zal hij ook niet kunnen volstaan met zich het belang van zijn 'stand' voor ogen te halen of dat van een collega, die hij niet in verlegenheid wil brengen. Hij zal alle belangen, die bij zijn afweging redelijkerwijs betrokken zijn te achten, in aanmerking moeten nemen en pas na die afweging kan hij besluiten wat hem naar eer en geweten te doen staat. Een snel geïmprovi-seerd besluit maakt die afweging ongeloofwaardig.

Vaak is een functioneel-verschoningsgerechtigde voorbereid op de hem te stellen vragen en eigenlijk zou hij dat altijd behoren te zijn. Is hij dat in rechte niet, dan zal hem voor een afweging à tête reposée gelegenheid moeten worden gegund. Meent hij bijvoorbeeld een vraag te kunnen beantwoorden,

(56) Vgl. Melai 218 Sv. p. 4, die rept van een onderzoek, waarna het aan de rechter is om te beslissen of hij zich kan verenigen met de wijze waarop de vertrouwensman het onderzoek heeft uitgevoerd en met de uitkomst, die door de getuige wordt bepleit. In vergelijkbare zin Pitlo-Hidma 1981 p. 93, zich afzettend tegen de gedachte, dat een getuige naar eigen willekeur van zijn verschoningsrecht gebruik kan maken, een gedachte, die in rechtspraak en doctrine mijns inziens ook niet meer leeft. Zie ook Verburg MSr. p. 31.

(57) Vgl. Verburg diss. p. 58 v.v., 124 v.v. en 275 v.v., mevr. Hazewinkel-Suringa p. 99, alsmede Centr. Med. Tuchtcoll. 28 sept. 1972, NJ 1973-270 (zie ook Medisch Contact 1973, p. 485) en HR 8 jan. 1982, NJ 1982-423 (met noot Kleyn: moet/mag de notaris afschrift van de herroepen uiterste wil van een overledene afgeven aan nabestaanden?).

mits hij dat antwoord weloverwogen zorgvuldig eerst op schrift stelt, dan behoort de rechter hem daartoe ook gelegenheid te bieden. Een voorschrift als 220 lid 2 Sv. (dat aan 109 Rv. – zie ook 828f en 879 Rv. – helaas ontbreekt) acht ik voor functioneel-verschoningsgerechtigden dan ook onmisbaar. Het ernstig belang van waarheidsvinding in rechte wordt niet gediend met het onder druk zetten van zo'n getuige en al helemaal is dat belang niet ermee gediend, als de in tijdnood geraakte getuige zich veiligheidshalve maar verschoot. Verschoningsrecht is allerminst zwijgplicht, doch verplicht wel, namelijk tot de zorgvuldige belangenafweging, die ik noemde. Verschoningsrecht is zeker geen maatregel van efficiency.

Dient zijnerzijds de rechter de ruimte voor een welafgewogen beslissing te bewaken, ook de functie-organisaties van subjecten van functioneel verschoningsrecht hebben in deze een plicht, namelijk om de collegae ervan te doordringen, dat 'liefst zwijgen' aan het instituut van het functionele verschoningsrecht geen recht doet. Die functie-organisaties behoren hun leden/aangeslotenen ervan te doordringen hoe uitzonderlijk het is, dat de leden/aangeslotenen als getuige zelf mogen beslissen wat hun te doen staat. Zo'n functioneel verschoningsgerechtigde houdt als getuige de weegschaal eventjes zelf in de hand en mag zelf de uitslag aflezen.

Ik distantiër mij dus van de veel gehoorde gedachte, dat functioneel verschoningsrecht eigenlijk zwijgplicht met een lekje zou zijn. Het is een veel deliquer en gecompliceerder instrument. Dat is ook de reden waarom ik in dit preadvies enige malen een voetnootje (nummer 28) plaatste bij uitspraken, die aan dit aspect voorbij gaan.

Het bevoegdheidskarakter van functioneel verschoningsrecht wordt mijns inziens uit andere invalshoek ook geïllustreerd door HR 17 nov. 1967, NJ 1968-164: verwerpt de rechter een door een getuige gedaan beroep op verschoningsrecht, dan is alleen de getuige bevoegd de beslissing van de hogere rechter in te roepen en hebben partijen die bevoegdheid niet. Vgl. Verburg diss. p. 297 en HR 17 jan. 1986, RvdW 1986-29.

6.2 Bekend is de vraag: hoe, als de patiënt zijn arts of de cliënt zijn raadsman van diens geheimhoudingsplicht ontheft? Staat daarmee vast, dat de geheimhouder moet – of in elk geval mag – spreken (58)?

Mijns inziens moet – we hebben het immers over verschoningsrecht en bevinden ons mitsdien niet buiten doch in rechte – het antwoord zijn, dat zo de

(58) Noyon-Langemeijer-Remmelink II, p. 498.

vraag niet deugt: voor de getuige geldt (normaliter) in elk geval geen geheimhoudingsplicht. Zo van 'ontslag uit geheimhouding' sprake kan zijn, kan zich dit slechts buiten rechte afspelen. Niemand kan de getuige in rechte zijn functionele verschoningsbevoegdheid ontnemen (59). Wel zal, ingeval van zo'n 'ontslag' die omstandigheid door de getuige mede in zijn afweging betrokken moeten worden. Op een spontaan ter zitting verleend 'ontslag' kan van de getuige meestal geen onmiddellijke reactie verwacht worden.

Vgl. HR 17 febr. 1928, NJ 1928 p. 727, Meijers' noot daaronder, Hof A'dam 9 dec. 1960, NJ 1961-4, HR 1 maart 1985 R.v.d.W. 1985-52 en HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985-120. Zie contra aan ontslag-weigering te ontleen vermoedens Hof Arnhem 8 maart 1983, NJ 1984-212. Wie 'ontslaat' doet niet meer dan verklaren: spreekt u, dan zult u daarover van mij geen verwijt te horen krijgen. Wie ondanks 'ontslag' toch zwijgt, mag evenmin een *silence significativa* aangerekend worden.

Zo'n 'ontslag' plaatst het verschoningsgerechtigd subject voor tenminste twee vragen:

- wie hadden/hebben belang bij mijn buiten-rechte geldende geheimhoudingsplicht en hebben werkelijk al die belanghebbenden mij 'ontslagen'?
- als een 'ontslag' afkomstig is niet van belanghebbende zelf, doch van een vertegenwoordiger (curatoren van diverse pluimage, volmacht/lastgeving, bewindvoerders ook van diverse pluimage en denk tevens aan rechtspersonen met hun medewerkers 'van hoog tot laag'), telt dit dan voor mij zwaar genoeg?

6.3. Een subject van functioneel verschoningsrecht, besluitende tot (het geven van sommige) antwoorden, schendt in beginsel geen geheimhoudingsplicht, immers die buiten rechte voor hem geldende plicht is voor hem als getuige nu juist tot verschoningsrecht afgezwakt.

In andere zin Verburg diss. p. 280 v.v. en de door hem genoemden (60). Ook als de strafrechter op klachte het misdrijf van 272 Sr. niet gepleegd acht (bijvoorbeeld omdat hij een beroep op overmacht gegrond bevindt) kan een tuchtrechter nog anders oordelen, aldus Verburg diss. p. 288, die daaraan de conclusie verbindt:

Bij de huidige stand van zaken zal de vertrouwensman de meest veilige weg kiezen, indien hij zich bij een beslissing over de vraag: of de bijzondere omstandigheden

(59) Asser-Anema-Verdam 1953, p. 272, Pitlo-Hidma 1981 p. 93, mevr. Hazewinkel-Suringa p. 142-155 en Verburg diss. p. 282/4.

(60) Zie ook C.P. Bierhuizen in ESB 2 nov. 1983.

(61) zijn spreken kunnen rechtvaardigen, laat leiden door de maatstaven die de tuchtrechter in een breder spectrum aanlegt. Dat sluit overigens niet uit dat de tuchtrechter in bijzondere gevallen aanknoopt bij de opvattingen van de gewone rechter. Zie bijv. HR 12 december 1958, NJ 1961-270 (civ.) m.o. DJV en een beslissing van het Hof van Discipline van 27 mei 1963 nr. 125, Advocatenblad 1965, p. 213 (62).

Deze opvatting drijft functioneel-verschoningsgerechtigden ertoe om zoveel mogelijk het zwijgen ertoe te doen. In die gedachte wordt geheimhoudingsplicht-buiten-rechte voor de getuige-in-rechte doorgetrokken, daarbij mogelijk overwegende, dat wat buiten rechte geen secret absolu is, dat ook in rechte niet wordt: een klein lekje.

Liever verdedig ik de opvatting, dat waarheidsvinding meer gediend is met benadrukking van het bevoegdheidskarakter van het verschoningsrecht. Dan staat de deur al op een wat grotere kier. In die zin mijns inziens ook Noyon-Langemeijer-Rommelink II p. 494 v.v. en p. 864/5; in onze voorstelling derogeert art. 218 Sv derhalve aan de geheimhoudingsplicht van art. 272 Sr. Meer in Verburg's geest (verschoningsrecht derogeert aan de getuigenisplicht, niet aan de geheimhoudingsplicht) lijkt Melai 218 Sv. p. 12.

Hoewel ik daarvan geen groot punt wil maken – de rechtspraak is immers toch al in die zin gevestigd – past in de mede door mij voorgestane opvatting ook volkomen logisch, dat de door een subject van verschoningsrecht afgelegde getuigeverklaring een geldig bewijsmiddel oplevert en dat dit ook geldt als zo'n getuige, na in eerste aanleg gesproken te hebben, in hoger beroep zijn verschoningsrecht inroept.

Vgl. HR 2 juni 1936, NJ 1936-992 (met noot Taverne), Bijz. Raad van Cass. 8 nov. 1948, NJ 1949-66, HR 27 nov. 1956, NJ 1957-309 (met noot Röling) en HR 21 maart 1958, NJ 1958-213 (conform conclusie Langemeijer, die daarmee verwierp de tegengestelde opvatting van C.H. Telders in diens preadvies Nederlandse Orde van Advocaten 1957, p. 408).

Een verschoningsgerechtigde, die besluit – na de vereiste belangenafweging – om (op een aantal vragen) te antwoorden, maakt zich in de door mij voorgestane opvatting niet schuldig aan het misdrijf van 272 Sr., immers als getuige heeft hij (in de niet-staatsbelang gevallen) geen plicht tot zwijgen, doch een plicht tot afwegen. Het is de nakoming van die laatste plicht, welke tevo-

(61) Dit woordgebruik 'bijzondere omstandigheden' spreekt mij meer aan dan de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' in r.o. 3.6 HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985-52, zie 5.3.

(62) Voor toepassing-tuchtrecht na vrijspraak-strafrecht (doch zonder verband met verschoningsrecht) zie HR 5 juni 1964, NJ 1965-62, conform conclusie Langemeijer en met instemmende noot Röling.

ren – ik acht buiten redelijke twijfel, dat met deze vraag in de vertrouwenssfeer van uw functie wordt getreden – en achteraf voor marginale toetsing door de rechter in aanmerking komt. Zie IX.

In de recente notaris-uitspraak (5.3) oordeelde HR met Hof 's-G'hage:

dat het verschoningsrecht van de notaris in zoverre niet absoluut is, dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van wetenschap die hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.

Zo interpreteer ik het verschoningsrecht inderdaad niet. In de aangehaalde rechtsoverweging lees ik eigenlijk, dat de geheimhoudingsplicht buiten rechte geen secret absolu is en dat voor de getuige hetzelfde geldt: als getuige dient hij slecht te openbaren wat hij buiten rechte ook niet voor zich dient te houden.

In de van HR geciteerde opvatting is ieder verschil tussen geheimhoudingsplicht-buiten-rechte en verschoningsrecht als getuige verdwenen en dat kan niet de bedoeling zijn geweest. Mijns inziens moet het mogelijk en zelfs wenselijk worden geacht, dat een subject van functioneel verschoningsrecht na gewetensvolle afweging besluit tot het prijsgeven van kennis, waarover hij buiten rechte terecht zijn mond zou hebben gehouden. Die plicht van de verschoningsgerechtigde getuige is juist door de recente notarijspraak nog aangescherpt in die zin, dat zijn belangenafweging tevens ertoe moet dienen om naar de mate van het mogelijke zijn kennis in wel en niet vertrouwelijke te ontleden.

Nog een opmerking, mij ingegeven door de gedachte aan straf- en tuchtrechter. Zou niet in een groot aantal gevallen al veel gewonnen zijn indien de als getuige geroepen functioneel-verschoningsgerechtigde daarover eerst met een hoogaangeschreven collega (onder het zegel van beider geheimhoudingsplicht) van gedachten wisselt? Op zijn minst zou daaraan een solide aanwijzing voor de weloverwogenheid van zijn uiteindelijke (eigen) beslissing zijn te ontleen. Hier ligt geen taak voor de wetgever, maar wel voor de functieorganisaties. Dat iemand in overheids- of semi-overheidsdienst met zijn superieuren overlegt alvorens enig getuigenis af te leggen, lijkt mij in elk geval volkomen normaal (63).

(63) Vgl. over beroepsgeheim en confraterneel overleg in algemene zin O.A.C. Verpaalen in Adv. Bl. 1967, p. 609 v.v.

VII. VOOR ONDERSCHIED TUSSEN CIVIELE- EN STRAFZAKEN BESTAAT TE DEZEN
GEEN REDEN

Ter adstructie hiervan baseer ik mij op Verburg diss. (zie met name blz. 32, 43 en 47), op de daarmee zonder voorbehoud instemmende conclusie van Advocaat-Generaal Franx in de civiele zaak Hoogendijk (NJ 1978-399), op Noyon-Langemeijer-Rommelink II p. 499, op de beide recente uitspraken van ons hoogste rechtscollege over de registeraccountant als getuige in civiele- en strafzaken en op het uitblijven van contra-indicaties in de rechtspraak.

Er was één recente uitzondering: Rb. Leeuw, 27 sept. 1984, NJ 1985-765 oordeelde

dat, anders dan in strafgedingen, het belang van de burgerlijke rechtspleging in gevallen, waarin het daarvoor noodzakelijke vinden van de waarheid mede afhankelijk is van het getuigenis van een registeraccountant, niet zwaarder dient te wegen dan het algemeen belang, hetwelk is gediend met de omstandigheid, dat cliënten van een registeraccountant erop moeten kunnen rekenen (64), dat de registeraccountant als hun vertrouwensman op vermogensrechtelijk terrein geheim houdt hetgeen hem in zijn hoedanigheid als registeraccountant van die cliënten ter kennis is gekomen.

Deze uitspraak is echter binnen negen maanden achterhaald door HR 14 juni 1985, R.v.d.W. 1985-125 (4.3.b in fine).

Wel behoort ik erop te wijzen, dat de strafsancie op niet-nakoming van de algemene getuigenisplicht in strafzaken maximaal zes en in burgerlijke zaken maximaal vier maanden bedraagt, doch met anderen zie ik geen reden om dit verschil door te trekken ten aanzien van het verschoningsrecht.

Röling (noot onder de strafzaak Lunshof in NJ 1949-95) en Advocaat-Generaal Hooykaas (conclusie voor HR 29 nov. 1949 in NJ 1950-664) hebben de mogelijkheid geopperd van afwijking tussen civiel- en strafverschoningsrecht, doch verder gingen zij niet, zij lieten het antwoord in het midden en hebben ook niet meer bepleit dan dat het belang van een goede strafrechtspleging niet lichter valt aan te slaan dan dat van een goede burgerlijke rechtspleging.

Van een enigszins bestendige erkenning van enig subject van verschoningsrecht wel in burgerlijke- en niet in strafzaken (of omgekeerd) is mij uit de

(64) Vgl. noot 28.

rechtspraak ook niet gebleken. Mijns inziens is dat ook begrijpelijk: het algemeen belang, dat er verschoningsrecht zij in het privacy-belang van gelovigen, patiënten, cliënten en belastingplichtigen staat los van de vraag of geestelijke, geneeskundige, raadsman of belastinginspecteur voor de ene danwel voor de andere rechter als getuige wordt geroepen.

Ik houd het daarom (vgl. Verburg diss. p. 46 en zie Verburg MSr. p. 27-29) op het volgende citaat uit de al aangestipte conclusie van Advocaat-Generaal Franx in de zaak Hoogendijk (NJ 1978-399, p. 1389 rechterkolom):

Annotator Röling (HR-1948) acht het niet onmogelijk dat de groep van verschoningsgerechtigden ex art. 1946 lid 2 sub 3 BW groter ware dan die ex art. 218 Sv. Met Verburg, p. 31-48 ben ik van mening dat aan beide wetsbepalingen een gelijke inhoud moet worden toegekend. Ik moge verwijzen naar het wetshistorische overzicht en de daarop volgende, ondersteunende argumenten die Verburg geeft en die ik geheel onderschrijf.

De tegenwerping dat in een strafzaak het algemeen belang en in een burgerlijke zaak (slechts) particuliere belangen aan de orde zijn, miskent mijns inziens dat de getuigplicht in een civiel geding niet zozeer het particuliere belang van een der partijen dient, alswel het algemeen belang van de waarheidsvinding als aspect van een goede rechtspleging (zie HR 21 maart 1958, NJ 1958-213). Dit laatste algemeen belang weegt mijns inziens in beginsel even zwaar in burgerlijke als in strafzaken en brengt – in gelijke mate – mee dat bij een getuigenverhoor binnen de grenzen van het probandum de volle waarheid aan het licht *kan* komen.

Het verschil tussen een zeer ernstige strafzaak en een 'lichte' civiele zaak bewijst in dit verband even weinig als het verschil tussen een lichte strafzaak (overtreding van een parkeerverbod) en een zeer 'grote' civiele zaak. Dat zo zijnde, komt aan het arrest van 1948 ook gezag toe t.o.v. het burgerlijk proces, het voorlopig getuigenverhoor daaronder begrepen.

VIII. BESTAAT REDEN VOOR ONDERSCHIED TUSSEN HULPVERLENERS ENERZIJD EN ANDERE NAAR VERSCHONINGSRECHT DINGENDE FUNCTIONARISSEN?

In de aanhef van 4.2 gaf ik al te kennen, dat deze vraagstelling mijns inziens een tegenstelling suggereert, waarvan het nog maar de vraag is of die met de werkelijkheid overeenstemt.

Zelfs aan de belastingdienst valt sinds enige tijd een bereidheid om belastingplichtigen bij de nakoming van hun aangifte-plichten behulpzaam te zijn, niet te ontzeggen. Mevr. Hazewinkel-Suringa en Verburg hebben beiden aandacht gevraagd voor de hulpverlenende functie van de politie. Andere als subject van verschoningsrecht erkende functionarissen (de reclasserings-

ambtenaren) hebben al een duidelijker (meer primair) hulpverlenend gehalte.

De Advocaat-Generaal Hooykaas heeft in zijn conclusie voor HR NJ 1950-664 (4.2.a) gepoogd ten behoeve van de erkenning van ambtenaren als subject van verschoningsrecht een viertal 'eigen' criteria op te stellen. Verburg diss. p. 216 v.v. heeft op mijns inziens goede gronden betoogd, dat daarvan slechts de eerste twee (zij werden door Hooykaas aangeboden in afdalende volgorde van belangrijkheid) zelfstandige betekenis hebben:

- de algemene aard van het ambt en
- de wijze waarop de ambtenaar zijn ambtelijke kennis heeft verworven.

HR NJ 1984-132 (4.3.b), naar mijn mening in navolging van Langemeijer's cassatie-vordering voor HR NJ 1956-197 (4.2.b), onderscheidt de in 1946 BW en 218 Sv. bedoelde hulpverleners enerzijds van een mogelijk tweede categorie subjecten van verschoningsrecht: tot die mogelijk tweede categorie zou een functionaris kunnen behoren:

- als belanghebbenden bij de goede vervulling van zijn functie zónder verschoningsrecht niet naar behoren zouden kunnen worden gediend en bovendien
- die met een goede functie-vervulling samenhangende geheimhouding zwaarder zou wegen dan het aanzienlijke belang van waarheidsvinding-in-rechte.

Bij deze laatste formule vallen Hooykaas' criteria mijns inziens niet te gebruiken, omdat zij geheel vanuit de overheid zijn gedacht, terwijl in de recente HR-formule de afweging door de rechter centraal staat.

Zegt nu die HR-formule over erkenning van niet tot de categorie hulpverleners te rekenen functionarissen iets anders dan dat het algemeen belang, dat bij hun geheimhouding is betrokken, moet worden afgewogen tegen dat van de waarheidsvinding-in-rechte? Het antwoord kan moeilijk anders dan ontkenkend luiden.

Doch dat betekent toch, dat ons hoogste rechtscollege uiteindelijk voor beide categorieën verschoningsgerechtigden dezelfde maatstaf aanlegt? Het verschil is, dat dit ten aanzien van het klassieke kwartet c.s. al lang niet meer expliciet gebeurt, doch aan hun erkenning ligt zo'n vooronderstelde afweging toch wel degelijk ten grondslag? Zou ons hoogste rechtscollege een andere maatstaf hanteren, als het ooit overweegt of een klassieke verschoningsgerechtigde nog langer tegen de drup beschermd moet worden (Melai in noot 17)? Met andere woorden: geheimhoudingsplicht-buiten-rechte eenmaal erkend, is de afweging van het bij die geheimhouding betrokken belang tegen dat van waarheidsvinding-in-rechte beslissend voor het al dan niet erkennen van de functionaris als subject van verschoningsrecht.

Ook maatschappelijk gesproken bestaat gelijkenis: verschoningsrecht en ons oordeel over hoever bescherming van privacy dient te gaan, zijn onlosmakelijk aan elkaar verbonden, omdat verschoningsrecht slechts valt te ontlelen aan geheimhoudingsplicht-buiten-rechte. Wat oneerbiedig uitgedrukt: dat is wat geestelijke en belastingambtenaar met elkaar gemeen hebben.

De grondslagen van de geheimhoudingsplicht mogen voor beide categorieën primair verschillen, ten behoeve van een daaraan te ontlelen verschoningsrecht is van doorwerking van dat primaire verschil in de (impliciete of expliciete) afweging, resulterend in een oordeel over het subjectschap van verschoningsrecht voor functionarissen uit beide categorieën, mijns inziens geen sprake.

In dit aan verschoningsrecht gewijde preadvies heb ik beschouwingen over die primaire grondslagenverschillen buiten beschouwing gelaten; zie daarvoor mevr. Hazewinkel-Suringa p. 157.

IX. IS DE HANTERING VAN VERSCHONINGSBEVOEGDHEID AAN TOETSING DOOR DE RECHTER ONDERWORPEN?

Zie hierover 5.3 en de daarin aangehaalde rechtsoverweging 3.5 uit HR 1 maart 1985, R.v.d.W. 1985-52, waarover ook 5.5.a.

In zijn conclusie voor HR 17 febr. 1928, NJ 1928 p. 727 (ons hoogste rechtscollege kwam aan de toetsingskwestie niet toe) oordeelde Advocaat-Generaal Besier, dat de rechter niet heeft te treden in de gronden, die een verschoningsgerechtigde getuige moveren om al dan niet van zijn bevoegdheid gebruik te maken. Besier onderschreef het in cassatie bestreden oordeel van Hof 's H'bosch 12 april 1927, NJ 1927 p. 604:

dat, al moge in casu het zelfs een zeer redelijken schijn hebben, dat noch het ene noch het andere belang verhindert, dat dr Hustinx spreekt, al moge spreken zelfs in het belang van den patiënt zijn, tóch de getuige alleen aan zijn eigen geweten te verantwoorden heeft, waarom hij in dit geval niet, in een ander geval wel wenscht te spreken en de Rechter zich geen oordeel mag veroorloven over deze gewetensvraag.

Sindsdien is weliswaar steeds erkend, dat de ruimte voor rechterlijke controle gering is en dat deze slechts een marginale kan zijn, doch tévens dat die marginale toetsing in elk geval voor mogelijk en geoorloofd is te houden. De uiteindelijke beslissing mag (aldus Melai 218 Sv. p. 4) pas negatief uitvallen wanneer de rechter (vgl. Langemeijer's conclusie voor HR 3 mei 1956, NJ 1956-297):

enkel op grond van de te stellen vragen en van hetgeen hem reeds bekend is, overtuigd kan zijn, dat geen redelijk denkend mens hier een geheim aanwezig kan achten (65).

In die zin ook mevr. Hazewinkel-Suringa p. 180 en Advocaat-Generaal Remmelink's conclusie voor HR 14 mei 1974, NJ 1974-468. Anders Blok-Besier I p. 316.

Expliciet kwam de vraag aan de orde in HR 7 juni 1985, R.v.d.W. 1985-120. Aan de man, in een tegen hem door de vrouw aangespannen vergoedingsprocedure, was in hoger beroep te bewijzen opgedragen, dat hij in mindering op wat de vrouw van hem vorderde al een betaling gedaan had. De man bracht daartoe zijn voormalige advocaat als getuige voor en diens beroep op verschoning werd door de R-C gegrond bevonden.

Daartegen stelde de man beroep in cassatie in. Alle drie onderdelen van het cassatiemiddel hadden, aldus ons hoogste rechtscollege:

tot uitgangspunt de stelling, dat wanneer een advocaat – die behoort tot de beperkte groep personen aan wie uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie het recht toekomt zich ten overstaan van de rechter te verschonen van het afleggen van getuigenis omtrent hetgeen hun in hun hoedanigheid is toevertrouwd – zich op dit recht beroept, de rechter aan de hand van de bijzonderheden van het geval zelfstandig heeft te toetsen – en daarvan in zijn uitspraak rekenschap heeft af te leggen – of dit beroep op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is.

Dit uitgangspunt is in zoverre onjuist dat – behoudens in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden, waarvan te dezen niet is gebleken – de aard van het verschoningsrecht meebrengt, dat de opgegeven vragen niet behoeven te worden beantwoord, zolang de rechter aan redelijke twijfel onderhevig acht of die beantwoording naar waarheid zou kunnen geschieden zonder dat geopenbaard wordt wat verborgen dient te blijven. Een verdergaande beoordelingsmarge en met name een afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen, zoals het middel wil, zou tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.

Ons hoogste rechtscollege bezigt expliciet de term 'beoordelingsmarge' en voorts beluistert men in deze uitspraak rechtsoverwegingen 3.5 en 3.6 uit de notaris-uitspraak van enkele maanden eerder (5.3); zie ook het tweede deel van 6.3 over 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'.

Ik wijs nog op het gebruik van de terminologie 'verschoningsrecht uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie', die bevestigt het in 1.2 dien-

(65) Vgl. Verburg diss. p. 52.

aangaande betoogde. Enig bezwaar heb ik tegen de formulering 'wat verborgen dient te blijven', omdat daarin een objectivering doorklinkt. Liever las ik daarvoor 'wat verborgen mag worden gehouden' of 'wat naar het oordeel van de functionaris verborgen dient te blijven', zodat ons hoogste rechtscollege niet met de ene hand terugneemt wat met de andere gegeven is.

X. NAAST ELK ZELFSTANDIG VERSCHONINGSRECHT DIENT OOK EEN DAARVAN AFGELEID VERSCHONINGSRECHT TE WORDEN ERKEND, OOK EEN COLLECTIEF EN EEN BEPERKT VERSCHONINGSRECHT?

10.1 De erkenning van afgeleid verschoningsrecht berust daarop, dat anders het zelfstandige verschoningsrecht gemakkelijk illusoir kan worden. Zo'n afgeleid recht komt toe aan iedere medewerker van wie, al dan niet in dienstbetrekking of ander juridisch verband (zoals rechtspersoon-verband), de verschoningsgerechtigde zich 'bedient'. Daaronder valt ook het gezinslid en de logé, die voor de gelovige, patiënt of cliënt de deur opende of deze telefonisch te woord stond. Zo'n afgeleid verschoningsrecht geldt niet slechts de 'medewerker' (thuis of op de werkplek), doch in beginsel een ieder met wie de verschoningsgerechtigde in de uitoefening van zijn functie in contact kwam. Mij lijkt een en ander zo voor de hand liggend (hetgeen een streven naar zelfstandig verschoningsrecht voor medewerkers, wie tot nu toe slechts afgeleid verschoningsrecht pleegt te worden toegekend, niet uitsluit (66), dat ik volsta met verwijzing naar enige relevante rechtspraak:

secretaresse van een advocaat (Bijz. Raad v. Cass. 8 nov. 1948, NJ 1949-66), student-medewerker Bureau voor Rechtshulp VU, werkzaam onder leiding en verantwoordelijkheid van een advocaat (Rb. Haarlem 11 maart 1975, NJ 1976-124). Twee uitspraken verdienen nadere beschouwing.

Hof A'dam 9 dec. 1960, NJ 1961-4 (voortzetting van HR 8 april 1960, NJ 1960-257) kende verschoningsrecht toe aan een psychiatrisch geschoolde maatschappelijk werker bij een Medisch Opvoedkundig Bureau, uitgaande van een stichting, die haar medewerkers tot geheimhouding verplicht had. Dit laatste is op zich onvoldoende basis voor een *functioneel* verschoningsrecht, dat immers ontleend moet worden aan een geheimhoudingsplicht-buitenrechten *uit hoofde van*, gerelateerd derhalve aan de bijzondere aard van de functie (vgl. 3.2 aanhef). Daaraan besteedt het hof geen aandacht. Wel blijkt uit

(66) Vgl. Van Herten t.a.p. (noot 12), die voor gezondheidszorgers een zelfstandig functioneel verschoningsrecht bepleit.

de uitspraak, dat de maatschappelijk werker in kwestie deel uitmaakte van een team, waartoe ook een psychiater, een psycholoog en een kinderarts behoorden. Mijns inziens kende het hof aan deze maatschappelijk werker een van de beide geneeskundigen uit het team afgeleid verschoningsrecht toe. Voor de gedachte aan een collectief geheim (zie 10.2) behelst 's hofs uitspraak mijns inziens geen aanleiding.

In HR 17 nov. 1967, NJ 1968-164 ging het om de door een (gewezen) cliënt tegen diens (gewezen) notaris aangespannen procedure, waarin aan de notaris te bewijzen waren opgedragen enige verrichtingen, waarbij diens kandidaat-notaris een rol had gespeeld. Kort voor het getuigenverhoor, waartoe de notaris deze kandidaat als getuige had geroepen, ontving laatstgenoemde van eiser een dreigbriefje: zou hij getuigen, dan zou eiser zich met een klacht wgens schending van geheimhoudingsplicht tot de (toen nog zelfstandig bestaande) Broederschap der Candidaat-Notarissen wenden. De kandidaat verklaarde als getuige:

ik wil niet gaarne in moeilijkheden geraken zolang niet vaststaat, dat ik in deze geen verplichting tot geheimhouding heb.

De R-C oordeelde, dat dit geen beroep op verschoningsrecht betekende en verder kwam de kwestie in deze procedure niet meer aan de orde.

Mijns inziens was de riposte van de kandidaat best als beroep op verschoning aan te merken geweest (67), doch had dit dan verworpen moeten worden. Een afgeleid verschoningsrecht behoort geen zelfstandig leven te gaan leiden; roept de functionaris, van wie verschoningsrecht is afgeleid (in casu de notaris) zo'n afgeleide-verschoningsgerechtigde als getuige, dan is daardoor deze verschoningsgerechtigde diens bevoegdheid te zwijgen uit handen geslagen. Had eiser beklag willen doen, dan had hij dit moeten richten tot de notaris, die zijn kandidaat als getuige voorbracht.

Niet altijd liggen de kaarten zo duidelijk. Als de advocaat, wiens secretaresse als getuige is opgeroepen, overleden was, rijst de vraag of haar oorspronkelijk van hem afgeleid verschoningsrecht nu een zelfstandig dito is geworden? Ik zie geen mogelijkheid die vraag bevestigend te beantwoorden, doch teken wel aan, dat de getuige met afgeleid verschoningsrecht die, om welke reden ook, met de functionaris aan wiens zelfstandig recht hij zijn afgeleide recht

(67) Vgl. Noyon-Langemeijer-Remmeling II p. 873, naar aanleiding van HR 6 dec. 1955, NJ 1956-52.

ontleent geen overleg (meer) kan plegen, zich wel tienmaal heeft te bedenken alsvorens tot het afleggen van getuigenis te besluiten. Hij zal zich mede hebben af te vragen welk standpunt de functionaris met zelfstandig verschoningsrecht zou hebben ingenomen. Voorts meen ik, dat zo'n afgeleide verschoningsgerechtigde pas getuigenis mag afleggen als de rechter voldoende ervan overtuigd is, dat inderdaad voor overleg met de 'auctor' van diens afgeleide verschoningsrecht geen redelijke mogelijkheid bestond. Het voortbrengen van een getuige met afgeleid functioneel verschoningsrecht, zonder tevens de auctor van dit verschoningsrecht als getuige voor te brengen, zou ik, is die auctor wel bereikbaar, zonder speciale rechtvaardigingsgrond in strijd met een goede procesorde achten.

Tot slot dit: mijns inziens komt een afgeleid verschoningsrecht ook toe aan elke accountant en belasting-adviseur, die als zodanig voor een zelfstandig-verschoningsgerechtigde werkzaam waren. Niet via hen dient diens zelfstandige verschoningsbevoegdheid doorbroken te worden.

10.2 Van collectief geheim rept, in navolging van mevr. Hazewinkel-Suringa p. 68, ook Verburg diss. p. 100. Daarbij gaat het om het team specialisten, dat zich over een patiënt buigt, om confraterneel overleg (tussen advocaten en/of notarissen) en om de geestelijke, die arts, advocaat of notaris raadpleegt over een bepaald aspect van problematiek, waarvoor zijn hulp werd ingeroepen. Kortom: de een schakelt de ander in, teamwork.

Duidelijk acht ik, dat zelfstandig en collectief geheim soms niet strikt te (onder)scheiden zijn. Aan de geneesheer-directeur uit HR 30 nov. 1927, NJ 1928 p. 265, die ten behoeve van ziekenhuisopname van een patiënt door diens behandelende arts werd ingeschakeld, kent Verburg een collectief geheim toe, terwijl deze uitspraak mijns inziens ook valt te interpreteren als toekennende een afgeleid verschoningsrecht. Vgl. ook de uitspraak van het Amsterdamse Hof, 10.1.

Ik erken, dat Verburg's pleidooi pro zelfstandig verschoningsrecht van de geneesheer-directeur (via collectief geheim), het voordeel heeft, dat men voor die directeur de problematiek van het afgeleide recht vermijdt. Dat zou ertoe kunnen leiden om bij inschakeling van de een door de ander steeds van collectief en niet van afgeleid geheim te spreken, met dienovereenkomstige conclusie ten aanzien van het verschoningsrecht.

Een begrip als beperkt verschoningsrecht zou ik liever vermeden zien. Het verschoningsrecht van de belastingambtenaar, van de reclasseringsambtenaar, van de ambtenaar bij een Raad voor de Kinderbescherming en van de

controlerend geneesheer is zeker beperkt in die zin, dat zij in de uitoefening van hun taak moeten kunnen overleggen-met en rapporteren-aan de desbetreffende instanties/opdrachtgevers/superieuren en in die relatie, waar geen geheimhoudingsplicht bestaat, valt ook van verschoningsrecht niet te repen. Doch de relativering van verschoningsrecht in deze gevallen geldt ook slechts die ene categorie van instanties/opdrachtgevers/superieuren. Met inachtneming van die ene relativering geldt het verschoningsrecht geheel algemeen. 3.2 in fine.

Dat is anders als men voor geheimhoudingsplichtigen slechts voor één uitzondering een partiëel verschoningsrecht bepleit, zoals voor politie- en veiligheidsambtenaren en voor journalisten, namelijk om de identiteit van een informant verborgen te mogen houden. Vgl. het beroep van twee Amsterdamse gemeenteraadsleden op partiëel verschoningsrecht in een voorlopig getuigenverhoor in de zaak Happy Family.

Zo'n partiëel verschoningsrecht bepleit ik niet, daarvoor bestaan mijns inziens de door art. 288 Sv. en 201 Ontwerp Burgerlijk Bewijsrecht aangereikte mogelijkheden. Ook ons hoogste rechtscollege liet zich recent bij vragen over (algemeen) verschoningsrecht (politie-ambtenaar en socioloog-onderzoeker) leiden door het beginsel, dat 218 Sv. een algemeen verschoningsrecht betekent met een in beginsel algemene beoordelingsvrijheid van de verschoningsgerechtigde. Vgl. XI.

De vraag of een getuige dient te spreken, zie ik waar dat enigszins te verwezenlijken (en uiteraard: te rechtvaardigen) is, liever door de rechter dan door de getuige beantwoord.

XI. WELKE FUNCTIE NAAST HET VERSCHONINGSRECHT AAN 288 SV. TE WORDEN TOEGEKEND? ALLEEN IN STRAFZAKEN?

Art. 288 Sv. bepaalt:

De rechtbank kan ambtshalve of op het verzoek van den officier van justitie of van den verdachte beletten dat aan eenige vraag door den verdachte of diens raadsman of door den officier van justitie gedaan, wordt gevolg gegeven. De officier van justitie en de verdachte zijn bevoegd met betrekking tot eenige vraag opmerkingen te maken, voordat deze beantwoord wordt.

Het wetsartikel (door 415 Sv. ook ter terechtzitting van het Hof van toepassing verklaard) staat in titel VI en wel in de eerste afdeling daarvan; die afdeling bestaat uit de art. 281 tot en met 295, handelend over het horen van getui-

gen. Er bestaat dan ook geen twijfel over, dat 288 Sv. betrekking heeft op aan een getuige gestelde vragen.

De ratio van het artikel is door mevr. Minkenhof (De Nederlandse Strafvordering, derde druk Haarlem 1967, p. 160) als volgt samengevat: *unfaire en niet terzake doende vragen kunnen worden geweerd*.

Melai 288 Sv. p. 1 gaat hierop nader in: de rechtbank (als college, dit is geen taak van de voorzitter) kan vragen weren, die geen verband houden met het telastegelegde, die door de getuige reeds beantwoord zijn, die van opzettelijk beledigende of krenkende aard zijn, danwel de strekking hebben om verklaringen te krijgen, waarvan niet gezegd kan worden dat zij in vrijheid zijn afgelegd. Men kan dus twee categorieën gevallen onderscheiden: die waarin de vraag als overbodig van de hand wordt gewezen en die waarin de vraag wegens onheuse vormgeving of inhoud niet beantwoord behoort te worden. Ik citeer noot 2 Melai t.a.p.:

Naast deze begrenzing van de verklaringsplicht van getuigen staat die welke wordt beheerst door de art. 217, 218 en 219 waarin de getuigen een beroep op een verschoningsrecht wordt toegekend. Het fundamentele verschil van deze artikelen met art. 288 is gelegen in de omstandigheid dat bij toekenning van een verschoningsrecht de getuige zelf het recht verkrijgt te zwijgen, terwijl bij toepassing van art. 288 de rechter bepaalt in hoeverre de getuige gerechtigd is er het zwijgen toe te doen. (Vergelijk A.L. Melai in zijn onderschrift bij HR 14 mei 1974, NJ 1974, 468)

Hiermee is de functie van 288 naast 218 Sv. gegeven: 288 biedt de rechter ter terechtzitting de mogelijkheid om een getuige te beletten (68) een bepaalde vraag te beantwoorden. Uit Van Veen's noot onder NJ 1981-382:

Overigens suggereert de tekst van art. 288 Sv. ten onrechte, dat een getuige, die graag wil antwoorden, het spreken wordt belet, terwijl het meestal zal gaan om een getuige, die niet wil antwoorden het verlot te geven te zwijgen.

Ik ben het eens met de gedachte, dat het zelden zal voorkomen, dat een spreekgrage getuige het spreken wordt belet, doch ik zou niet zover willen gaan die (theoretische) mogelijkheid de rechter te ontzeggen. De spreekgraagte zal de rechter zeker in aanmerking nemen alvorens tot belet te beslissen.

(68) In wat Melai noemt 'een gerechtigdheid tot zwijgen' zie ik een tegenspraak met 'beletten': toepassing van 288 Sv. leidt mijns inziens niet tot een incidenteel *zwijgrecht*, doch tot een *zwijgplicht*, al zal het zeker zo zijn, dat verreweg de meeste daarvoor in aanmerking komende getuigen zich die *zwijgplicht* graag zien opgelegd.

Vragen zijn niet slechts irrelevant (vgl. Melai t.a.p. p. 2) wanneer zij overbodig zijn (omdat daarmee naar de bekende weg wordt gevraagd of antwoorden worden verlangd die reeds eerder zijn gegeven), maar ook wanneer beantwoording schade zou toebrengen aan belangen, die geen verband houden met hetgeen ter zitting onderwerp van onderzoek is (69). Zo is het, aldus Melai, niet uitgesloten dat de rechtbank beantwoording van een vraag verhindert, die erop gericht is informatie van een politie-ambtenaar te verkrijgen over de persoon die de zaak aan het rollen heeft gebracht.

Enige malen in dit preadvies kwam strafrechtspraak aan de orde, waarin (met afwijzing van een algemeen verschoningsrecht) door ons hoogste rechtscollege verwezen werd naar de mogelijkheid, dat met behulp van 288 Sv. het beantwoorden van een bepaalde vraag belet werd: 4.2.e (politie-ambtenaar over anonieme informant) en 4.8 (socioloog-onderzoeker over anonieme geënquêteerden). Vgl. Verburg MSr. p. 57 v.v.

Dat 288 Sv. slechts voor het verhoor ter zitting is geschreven (en niet voor het gerechtelijk vooronderzoek) verklaar ik uit de omstandigheid, dat ook 288 Sv. zelf niet rept van het stellen van vragen door de rechter; ook 288 Sv. laat om begrijpelijke redenen vragen van rechters buiten schot.

De tweede volzin van 288 Sv. biedt de mogelijkheid om het belang van een vraag ter discussie te stellen alvorens deze wordt beantwoord. In die tweede volzin is weliswaar slechts van de O.v.J. en de verdachte sprake, doch deze bevoegdheid komt (331 lid 1 Sv.) ook diens raadsman toe.

Met Verburg MSr. p. 59 acht ik, in overeenstemming met de recente rechtspraak over de politie-ambtenaar en de socioloog-onderzoeker, hantering van 288 Sv. door de strafrechter voor deze oorspronkelijk mogelijk niet overziene doeleinden (realiteitszin ten aanzien van de criminaliteitsontwikkeling te onzent rechtvaardigt mijns inziens deze bijdetijdse uitleg van het wetsartikel) verantwoord en toe te juichen.

Het Ontwerp Burgerlijk Bewijsrecht introduceert een wat impliciete pendant van 288 Sv. in art. 201 Ontwerp:

(69) Contra: H. van Zundert in Maandbl. Berecht. en Recl. Proc. van mei 1982, die mijns inziens ten onrechte rept van een verschoningsrecht van de overheid n.a.v. het Dodewaardproces, waarin concrete vragen over overheidsbeleid waren geweerd. Zie over kritiek op ruime uitleg van 288 Sv. ook T.M. Schalken 'De strafrechter en de anonieme getuige' (bundel 'Beginselen', Arnhem 1980 p. 340), Fennis t.a.p. (noot 8), H. Nijboer in Recht en Kritiek 1984 (p. 93) en Verburg in Trema 1981 p. 9.

De rechter hoort ieder der getuigen afzonderlijk. Partijen en hun raadslieden kunnen *voorzover de rechter dit toelaat* aan de getuigen vragen stellen. De rechter kan ambtshalve of op verzoek van een der partijen getuigen tegenover elkaar of tegenover partijen of één van haar stellen.

Het gaat mij om het door mij gecursiveerde gedeelte, waarvan ik naar huidig recht de toepasselijkheid al bepleit. Verburg MSr. p. 68 leest die mogelijkheid al in 109 (jo. 200 A) Rv. en anticiperen op 201-Ontwerp zou inderdaad daar kunnen worden gelokaliseerd. Verder waag ik het niet, gelet op de tekst van 109 Rv., om nu al te gaan.

Art. 201-Ontwerp lost tevens de vraag op of de civiele rechter een spreekgrage getuige zal kunnen beletten te antwoorden? Immers: het nieuwe 201 rept van het toelaten, dat vragen gesteld worden. Daarover zal de rechter niet kunnen oordelen zonder de formulering van de vraag te kennen. Ik houd het daarom erop, dat de ontworpen wettekst het de rechter ook mogelijk maakt te verklaren dat hij een ‘gestelde’ vraag – alvorens daarop geantwoord is – niet toelaatbaar acht.

Wel geef ik in overweging om de tweede volzin van 288 Sv. in aangepaste vorm alsnog aan de tekst van 201-Ontwerp toe te voegen, zodat partijen en hun raadslieden gelegenheid hebben tot discussie over toelaatbaarheid van een door één hunner aan een getuige gestelde vraag.

Dan nog houd ik het voor merkwaardig, dat in geen van beide teksten voor de getuige zelf een rol is weggelegd, al neem ik wel aan, dat diens prealabele weigering of aarzeling om te antwoorden, de rechter niet onberoerd zal laten.

NABESCHOUWING

In 1.1 stelde ik drie hoofdvragen aan de orde:

- wie (met name: wie, behalve het klassieke kwartet) zijn te beschouwen als subject van functioneel verschoningsrecht?
- tot welke ‘objecten van hun weten’ is dat verschoningsrecht beperkt?
- kan zo’n functioneel verschoningsgerechtigde erop aangesproken worden, dat hij van zijn bevoegdheid een verkeerd gebruik maakte?

De beide laatste vragen zijn mijns inziens (zie 5.3 en IX n.a.v. R.v.d.W. 1985-52/120) door ons hoogste rechtscollege duidelijk en bevredigend beantwoord. Verschoningsrecht strekt zich functioneel uit over alle door een functionaris in de uitoefening van zijn functie verworven kennis (70) en het ge-

(70) Daaronder ook te rekenen de van de verschoningsgerechtigde zelf naar de belang-

bruik van die bevoegdheid is aan marginale toetsing door de rechter onderworpen. Bovendien bestrijkt het verschoningsrecht (waarbij in het bijzonder aan juridische raadslieden te denken valt) niet de met rechtsgevolg bekleedde besprekingen tussen (of namens) twee (of meer) partijen, welke de functionaris in de uitoefening van zijn functie bijwoonde. Dit laatste geldt zowel voor de vraag of rechtsgevolg überhaupt bereikt is (waarover mijn bedenking in 5.5.b onder c). als voor de vraag welk rechtsgevolg bereikt is. Zie in dit verband mijn vraagteken in 5.6.

Ook op de eerste vraag heeft ons hoogste rechtscollege geantwoord: in 1946 BW en 218 Sv. gaat het om een categorie hulpverleners met geheimhoudingsplicht buiten rechte, doch dat sluit andere subjecten van verschoningsrecht niet uit. Ik heb in VIII betoogd, dat de voor die 'andere' subjecten ontwikkelde maatstaf inhoudelijk geen andere is dan impliciet ook de klassieke categorie geldt en die ik hier gemakshalve (vgl. Verburg MSr. p. 68) verkort weergeef als volgt:

- a. belangen die zonder geheimhoudingsplicht-buiten-rechte niet naar behoren kunnen worden gediend en
- b. een daarbij betrokken algemeen belang, dat zwaarder weegt dan het aanzienlijke belang van de waarheidsvinding-in-rechte.

In 4.2 betoogde ik, dat het ook van belang is om die eenheid van maatstaf vol te houden, omdat er op het gebied van de hulpverlening zoveel kwantitatieve en kwalitatieve schakeringen bestaan en verschoningsrecht niet denkbaar is zonder een (ten opzichte van 'belangen op de achtergrond') te isoleren privacy-relatie.

In 4.4 besteedde ik aandacht aan een aantal elementen, waaraan te toetsen zou vallen of een functie als genus van verschoningsrecht in aanmerking dient te komen.

Bij dit laatste licht ik één aspect eruit. *Conditio sine qua non* voor getuigever Schoningsrecht is een geheimhoudingsplicht-buiten-rechte in de zin van 272 Sr. Zo'n geheimhoudingsplicht echter acht ik in beginsel onvoldoende, omdat dit wetsartikel slechts de opzettelijke schending van zo'n geheimhoudingsplicht strafbaar stelt. Voor subjecten van verschoningsrecht buiten de kring van functies bij overheid en semi-overheid acht ik daarom van belang

hebbende uitgegane informatie-stroom; vgl. HR 20 juni 1968, NJ 1968-332 (reclasseringsambtenaar, 4.2.c), Hof Justitie EG 18 mei 1982 (Jur. Hof 1982-5, p. 1575, waarover E. Grabandt in Adv. bl. 1982 p. 525 en noot van H.G. Schermers in *Ars Aequi* 1982 p. 740 v.v.) en HR 19 nov. 1985; NJB 1986, p. 323 nr. 84.

of sprake is van een functioneel tuchtrecht, dat uitgaat (niet van een partiële doch van een algemene) geheimhoudingsplicht met deugdelijke bewaking. Zonder dat van zo'n tuchtrechtelijke bewaking blijkt, zou ik die geheimhoudingsplicht onvoldoende achten als oorzaak van verschoningsrecht. In II, III en IV deed ik uitkomen, dat niet altijd de rechter aan het zelfstandige bestaan van zo'n versterkte geheimhoudingsplicht voldoende aandacht besteedt. Wat voorts die in 4.4 aangestipte elementen betreft, onderschrijf ik Verburg's zienswijze MSr. p. 42:

Deze eisen zijn niet als zodanig in de rechtspraak of literatuur als geheel aanvaard, maar niettemin zijn zij daaraan ontleend. In wisselende combinaties en meer of minder uitgesproken vormen zij het onderliggende fundament bij beoordeling van de aanspraken van geheimhouders op een sterke werking van hun beroepsgeheim. Eén groep van eisen behelst de waarborgen waarmee de uitoefening van het beroep moet zijn omkleed, een tweede omvat de criteria voor de noodzakelijke relatie tussen de beoefenaar van dat beroep en zijn cliënt.

Een terughoudende uitleg van 1946 BW en 218 Sv. acht ik niet alleen in het belang van waarheidsvinding geboden, doch ook gerechtvaardigd vanwege de aan 288 Sv. en 201 Ontwerp Burgerlijk Bewijsrecht te ontleenen mogelijkheid.

Die terughoudendheid verdient ook de aandacht van de al erkende subjecten van verschoningsrecht en van hun functie-organisaties. De wetgever zou, zeker in het huidige stadium waarin wij met de belangrijke uitspraken van ons hoogste rechtscollege uit de pas zo kort verstreken jaren nader vertrouwd moeten raken, pas moeten overwegen in te grijpen, als niet de betrokken functie-organisaties samen in staat blijken om van hun verworvenheid een kritisch gebruik te (doen) maken. Vgl. mijn aanbeveling 6.3 in fine. Het zou mij genoegen doen als die aanbeveling zo werd overgenomen, dat de vrijheid om de in die aanbeveling bedoelde beraad-genoot zelf uit te zoeken, aanvaardbaar aan banden werd gelegd. Ik denk hierbij aan vormen van collegiaal beraad, zoals die ook bij abortus en euthanasie aan de orde zijn (geweesen).

Een laatste vraag is deze. In dit preadvies betuigde ik vrij algemeen instemming met de recente rechtspraak-ontwikkelingen. Een wetswijziging in de zin van enigerlei opsomming van subjecten van verschoningsrecht acht ik als momentopname uit den boze en concreter criteria dan ons hoogste rechtscollege heeft ontwikkeld, staan mij niet voor ogen. Betekent dit, dat wij de toch onbegrijpelijke artikelen 1946 BW en 218 Sv. ongewijzigd kunnen laten? Een andere A.G. Lubbers had in zijn Groningse doctoraalscriptie die vraag

al ontkennend beantwoord, toen ik voor dit preadvies gevraagd werd. Duplizität der Einzelfälle. Die andere Lubbers beval de tekst aan, die ik met enige parafrasering als volgt doorgeef:

Hij die in de zin van art. 272 Sr een geheimhoudingsplicht heeft, kan zich verschonen van het afleggen van getuigenis omtrent hetgeen door die plicht bestreken wordt, mits het met die geheimhouding gemoeide algemeen belang zwaarder weegt dan dat van de waarheidsvinding in rechte.