



# Moest de advocaat van het ABP zwijgen?

MR. C. P. BIERHUIZE

„Il faut que le client, puisse avoir, en son avocat, une confiance sans limite, qu'il puisse négliger avec lui les précautions qu'on prend dans les affaires ordinaires; qu'il ne craigne pas, d'ouvrir son âme tout entière à son défenseur et s'abandonner à sa foi". (Lemaire, *Les règles de la profession d'avocat*)

## Inleiding

De laatste tijd is bij diverse gebeurtenissen die nogal in de belangstelling hebben gestaan, en nog staan, de geheimhoudingsplicht van een aantal direct daarbij betrokkenen ter sprake gekomen. Zo jeukten volgens het *NRC Handelsblad* van 30 september 1983 de vingers van de heer Duisenberg om commentaar te geven op het rapport van de „VEB-THB-Onderzoekcommissie” (het z.g. rapport-Rijnvos), de commissie die op verzoek van de Vereniging Effectenbescherming een onderzoek heeft ingesteld naar de gang van zaken sinds 1979 bij De Tilburgsche Hypotheekbank, maar kon hij aan zijn natuurlijk verlangen geen gevolg geven omdat hij zich gebonden achtte aan de hem in de Wet toezicht kredietwezen (wet van 13 april 1978, Stb. 255) opgelegde geheimhoudingsplicht 1). De voorzitter van de Koninklijke Notariële Broederschap riep onlangs in de jaarlijkse vergadering van de broederschap op tot waakzaamheid omdat in deze tijd van scherpere maatschappelijke verhoudingen notarissen voor alle mogelijke situaties komen te staan waarin hun geheimhoudingsplicht in het geding komt. De Nederlandse Accountants Maatschap uit Eindhoven heeft in kort geding tegen de staat geëist dat door het openbaar ministerie in beslag genomen dossiers in verzegelde bewaring worden gesteld in afwachting van een uitspraak van de inbeslagneming. Centraal in deze juridische strijd staat de principiële opvatting van de accountants dat zij een op het beroepsgeheim gebaseerd verschoningsrecht hebben, gelijkwaardig aan dat van advocaten en notarissen. En, ten slotte, wil ik de verklaring van de directie van het ABP noemen, dat haar vroegere advocaat met zijn uitlatingen over enkele beleggingsactiviteiten van het ABP zijn geheimhoudingsplicht zou hebben geschonden. In het hierna volgende zal ik mij beperken tot een onderzoek naar de geheimhoudingsplicht van advocaten.

## De geheimhoudingsplicht

Volgens de directie van het ABP heeft haar voormalige raadsman de vertrouwensrelatie tussen cliënt en advocaat geschonden door informatie over het ABP aan minister Rietkerk toe te spelen. Zoals bekend is door een uitvoerige notitie van de advocaat aan minister Rietkerk de ABP-zaak uiteindelijk aan het rollen gebracht. Ook de heer Gruijters heeft zich, vanwege de beperktheid van zijn opdracht, bij de samenstelling van zijn rapport aan de minister over enkele beleggingsactiviteiten van het ABP voornamelijk gebaseerd op gesprekken met de voormalige ABP-raadsman die, behoudens de bijlagen met aantekeningen van gesprekken tussen hem en de heer Gruijters, heeft verklaard geen bezwaar te hebben tegen openbaarmaking van het rapport-Gruijters. De advocaat huldigde daarbij het standpunt dat hij heeft gehandeld zoals hij onder de gegeven omstandigheden moest handelen.

De vertrouwensrelatie tussen cliënt en advocaat die hier in het geding is, is van de zijde van de Nederlandse Orde van Advocaten verzekerd door de geheimhoudingsplicht die in de *Gedragsregels voor advocaten 1980* („gedragsregels”) aan alle in Nederland ingeschreven advocaten is opgelegd 2). In regel 9 van de gedragsregels is onder meer neergelegd dat de advocaat verplicht is tot geheimhouding van alles wat hem in of bij de uitoefening van zijn beroep van de zijde van zijn cliënt ter kennis komt. Ook indien een juiste uitvoering van de hem opgedragen taak naar zijn oordeel een gebruikmaken van die kennis naar buiten eist, dient de advocaat zich daarvan te onthouden, voor zover zijn cliënt heeft doen blijken dit te wensen. De geheimhoudingsplicht duurt ook voort na de beëindiging van de relatie met de cliënt. In aansluiting daarop zegt regel 10 dat ook waar hij niet tot geheimhouding verplicht is de advocaat dient te zwijgen over de bijzonderheden van zaken die bij hem in behandeling zijn of zijn geweest, over de persoon van zijn cliënt en over de aard en omvang van diens belangen.

De geheimhoudingsplicht wordt door de wet gewaarborgd in artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht (Sr), waar schending van de geheimhoudingsplicht als een misdrijf wordt aangemerkt 3). De wet stelt echter degene die voor de rechter is opgeroepen tot het afleggen van een getuigenis, maar bij voorbeeld uit hoofde van zijn beroep tot geheim-

houding is gehouden, wel voor een plichtenconflict. Want, tegenover de plicht tot zwijgen ingevolge ambt of beroep, waar zoals gezegd artikel 272 Sr een strafsancie aan verbindt, staat de plicht tot spreken als getuige voor de rechter, waar artikel 192 Sr een strafsancie bij stelt 4).

## Het verschoningsrecht

Dit plichtenconflict is echter door de wetgever langs de weg van de wettelijke regeling van het verschoningsrecht in die zin opgelost dat de beslissing aan degene aan wie de geheimhoudingsplicht is opgelegd, wordt overgelaten. Indien betrokkene besluit zich te verschonen van het afleggen van een getuigenis dan schendt hij niet zijn wettelijke verplichting te getuigen, daar deze wijkt voor zijn beroep op het verschoningsrecht. Mocht hij daarentegen besluiten te getuigen dan kan hij niet worden vervolgd wegens het schaden van de geheimhoudingsplicht.

Het verschoningsrecht is echter afhankelijk van één voorwaarde: het moet vaststaan dat de geheimdrager krachtens stand, beroep of ambt tot geheimhouding is verplicht, want volgens de wettelijke definities van het verschijningsrecht bestaat er geen verschoningsrecht dat niet berust op een geheimhoudingsplicht 5). Anders dan in art. 217 Wetboek van Strafvordering (Sv), waar de wet gedetailleerd aangeeft wie zich wegens een bepaalde graad van verwantschap van het geven van getuigenis of het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen verschonen, heeft de wetgever in de artikelen 1946 BW en 218 Sr (verschoning op grond van plicht tot geheimhouding uit hoofde van stand, beroep of ambt) het antwoord op de vraag voor wie een plicht tot geheimhouding zwaarder weegt

1) Artikel 46, eerste lid, van deze wet luidt: „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 of 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.”

2) De gedragsregels zijn vastgesteld in de vergadering van de Algemene Raad, die aan het hoofd staat van de Nederlandse Orde van Advocaten, van 12 mei 1980.

3) Artikel 272, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht luidt: „Hij die enig geheim, waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift, dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste zesduizend gulden”.

4) Artikel 192 Sr luidt: „Hij die, wettelijk als getuige, als deskundige of als tolk opgeroepen, opzettelijk niet voldoet aan eenige wettelijke verplichting die hij als zodanig te vervullen heeft, wordt gestraft: 1. in strafzaken met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden; 2. in andere zaken met gevangenisstraf van ten hoogste vier maanden”.

5) Artikel 218 Sv luidt: „Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.” Artikel 1946 BW luidt in gelijke bewoordingen.

dan het afleggen van een getuigenis ten bate van de rechtspleging, aan het oordeel van de rechter overgelaten. Hieruit moge blijken dat de kring van degenen die uit hoofde van stand, beroep of ambt tot geheimhouding verplicht zijn veel groter is dan de groep van hen wier plicht tot zwijgen sterker is dan de plicht tot getuigen voor de rechter. Deze systematiek past bij de hoofdregel dat beperkingen of inbreuken op de waarheidsvinding met de grootst mogelijke terughoudendheid moeten worden aanvaard. In de rechtspraak is de geheimhoudingsplicht onder meer aanvaard voor de geestelijke stand, de arts en de advocaat. Bij de tot dusver door de rechtspraak erkende bevoegdheden om zich te verschonen is steeds van doorslaggevende betekenis geweest dat de specifieke eisen van ambt of beroep met zich meebrengen dat een ieder die hun bijstand of hulp behoeft, erop kan rekenen, ook als hij tevoren een strafbaar feit heeft gepleegd, dat hetgeen aan bij voorbeeld de arts of advocaat wordt toevertrouwd, geheim zal blijven en zelfs niet ter kennis van de rechter zal worden gebracht. Alleen bij voldoening van deze eis kan worden voorkomen dat de vrees voor openbaarheid de betrokkene ervan zal weerhouden de hulp en bijstand in te roepen die hij nodig heeft.

#### De situatie bij het ABP

Als ik na het voorgaande nu antwoord moet geven op de vraag of de advocaat van het ABP had moeten zwijgen, dan ben ik geneigd die vraag met ja te beantwoorden. Voor mij hebben twee aspecten van deze zaak een belangrijke rol gespeeld. Ten eerste, de advocaat in kwestie heeft mededelingen gedaan over zaken die zijn (vroegere) cliënt betreffen, waar hij dus beroepshalve bij was betrokken, zonder dat hij, voor de rechter geconfronteerd met een plichtenconflict zo-

als hierboven genoemd, werd gedwongen een dergelijk besluit te nemen. Hij heeft daarmee naar mijn mening niet alleen de geheimhoudingsplicht geschonden die door artikel 272 Sr wordt beschermd, maar ook de aan dat beginsel ten grondslag liggende principes in de verdrukking gebracht. Principes die voor de rechtspraak van doorslaggevende betekenis zijn geweest om aan advocaten een verschoningsrecht toe te kennen en die ook zo treffend in *Les règles de la profession d'avocat* zijn neergelegd.

Het tweede aspect dat ik naar voren wil halen is de vraag of de voormalige raadsman van het ABP werkelijk de enige was die over informatie beschikte die eventueel belastend zou kunnen zijn voor de directie van het ABP. Ik heb uit perspublicaties begrepen dat er aanwijzingen zijn dat ook enkele medewerkers binnen het ABP daar wel van op de hoogte waren en die kennen, in tegenstelling tot de voormalige advocaat, geen wettelijke plicht tot zwijgen maar juist een door de wet opgelegde plicht tot spreken. Voor zover medewerkers bij het ABP voor de toepassing van artikel 162 Sv als ambtenaar worden beschouwd, regelt dit artikel de plicht van „openbare colleges en ambtenaren tot het aangeven van te hunner kennis gekomen strafbare feiten met de opsporing waarvan zij niet zijn belast.” De minister van Justitie heeft overigens op 19 september 1983 een ontwerp van Wet tot herziening van artikel 162 Sv bij de Tweede Kamer ingediend (Kamerstukken 18 054, nrs. 1-3), waarin o.a. wordt voorgesteld de werkingssfeer van het artikel uit te breiden tot anderen dan ambtenaren die een publieke taak vervullen. Volgens de bewindsman zal door deze toevoeging de vraag wie wel en wie niet de status van ambtenaar heeft en wat precies onder een openbaar college moet worden verstaan niet meer van praktisch belang zijn. Mochten de medewerkers van het ABP voor de toepassing van artikel 162 Sv niet als ambtenaar

worden aangemerkt, dan hebben zij zoals ieder die kennis draagt van een begaan strafbaar feit de bevoegdheid daarvan aangifte te doen. Ik wil er overigens slechts mee zeggen dat volgens mij de advocaat niet de eerste aangewezen was om met zijn mededelingen de zaak aan het rollen te brengen.

#### Slot

De achterliggende gedachte bij de hiervoor door mij beschreven geheimhoudingsplicht voor advocaten in ons land verschilt niet veel van die in de ons omringende landen. In alle lidstaten van de Europese Gemeenschappen wordt erkend dat het openbaar belang en een behoorlijke rechtsbedeling als algemene regel vereisen dat een cliënt in staat dient te zijn vrij, openlijk en zonder voorbehoud met zijn advocaat te spreken. In een in 1976 door de Raadgevende Commissie van de Balies van de Europese Gemeenschap gepubliceerd rapport, over o.a. het onderwerp „the professional secret” 6), wordt geconcludeerd dat de verschillen tussen de wettelijke regelingen in de verschillende landen van de Gemeenschap eerder verschillen in benadering of in methode (noodzakelijk wegens de fundamenteel verschillende rechtsstelsels), dan verschillen in uitkomst. In Duitsland en Frankrijk bij voorbeeld is schending van het beroepsgeheim eveneens een misdrijf. Sir Gordon Slyn, advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in Luxemburg, heeft het in zijn conclusie bij het arrest van het Hof van 18 mei 1982 inzake AM & S Europe Limited, een dochtermaatschappij van de Australian Mining and Smelting Limited, tegen de Europese Commissie in wezen niets uitmaakt of het principe dat vertrouwelijke mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt bescherming genieten nu is omschreven als een verplichting van de advocaat (zoals in de meeste lidstaten het geval is) dan wel als een recht van de cliënt (zoals in Engeland en Ierland met behulp van het begrip „legal professional privilege” of „legal confidence”). Het heeft ook niets van doen met de bescherming of het voorrecht van de advocaat. In wezen vloeit het voort uit de fundamentele behoefte van de mens in een beschaafde samenleving om zich voor advies en bijstand tot zijn advocaat te kunnen wenden en zich bij het proces door hem te kunnen laten vertegenwoordigen. En in niet mindere mate vloeit het voort uit de voordelen die voor een samenleving met een ingewikkelde wetgeving die in alle zakelijke aangelegenheden doordringt, verbonden zijn aan het feit dat deze personen kunnen weten wat zij krachtens de wet mogen doen, wat verboden is, waar zij omzichtig moeten handelen en waar zij gevaar lopen.

C. P. Bierhuizen

6) Het rapport is gepubliceerd door het Consultative Committee of the Bars and Law Societies of the European Community -CCBE. De volledige titel luidt: *The professional secret, confidentiality and legal professional privilege in the nine member states of the European Community.*

7) Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 18 mei 1982 (AM & S Europe Ltd tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen), Jurisprudentie 1982, blz. 1575.