

# EXHIBIT 3

PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON & GARRISON LLP

1285 AVENUE OF THE AMERICAS  
NEW YORK, NEW YORK 10019-6064  
TELEPHONE (212) 373 3000

LLOYD K GARRISON (1946 1991)  
RANDOLPH E PAUL (1946 1956)  
SIMON H RIFKIND (1950 1995)  
LOUIS S WEISS (1927 1950)  
JOHN F WHARTON (1927 1977)

UNIT 3601 FORTUNE PLAZA OFFICE TOWER A  
NO 7 DONG SANHUAN ZHONGLU  
CHAO YANG DISTRICT  
BEIJING 100020  
PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA  
TELEPHONE (86 10) 5828 6300

12TH FLOOR HONG KONG CLUB BUILDING  
3A CHATER ROAD CENTRAL  
HONG KONG  
TELEPHONE (852) 2846 0300

ALDER CASTLE  
10 NOBLE STREET  
LONDON EC2V 7JU U K  
TELEPHONE (44 20) 7367 1600

WRITER'S DIRECT DIAL NUMBER  
212-373-3294

WRITER'S DIRECT FACSIMILE  
212-492-0294

WRITER'S DIRECT E MAIL ADDRESS  
psomers@paulweiss.com

FUKOKU SEIMEI BUILDING  
2 2 UCHISAIWAICHO 2 CHOME  
CHIYODA KU TOKYO 100 0011 JAPAN  
TELEPHONE (81 3) 3597 8101

TORONTO DOMINION CENTRE  
77 KING STREET WEST SUITE 3100  
PO BOX 226  
TORONTO ONTARIO M5K 1J3  
TELEPHONE (416) 504 0520

2001 K STREET NW  
WASHINGTON DC 20006 1047  
TELEPHONE (202) 223 7300

500 DELAWARE AVENUE SUITE 200  
POST OFFICE BOX 32  
WILMINGTON DE 19899 0032  
TELEPHONE (302) 655 4410

MATTHEW W ABBOTT  
ALLAN J ARFFA  
ROBERT A ATKINS  
DAVID B BALYASNY  
JOHN F BAUGHMAN  
LYNN B BAYARD  
DAVID K BECKER  
CRAIG A BENSON  
MITCHELL L BERG  
MARK S BISHMAN  
BRUCE BIRENBOIM  
H CHRISTOPHER BOEHNING  
JAMES L BROCHIN  
RICHARD J BRONSTEIN  
ANDREW W BROWN  
SUSANNA M BUERGEL  
PATRICK S CAMPBELL\*  
JESSICA S CAREY  
JEANETTE K CHAN  
YVONNE Y F CHAN  
LEWIS R CLAYTON  
JAY COHEN  
KELLEY A CORNISH  
CHRISTOPHER J CUMMINGS  
CHARLES E DAVIDOW  
DOUGLAS R DAVIS  
THOMAS V DE LA BASTIDE III  
ARIEL J DECKELBAUM  
ALICE BELISLE EATON  
ANDREW J EHRLICH  
GREGORY A EZRING  
LESLIE GORDON FAGEN  
MARC FALCONE  
ANDREW C FINCH  
BRAD J FINKELSTEIN  
ROBERTO FINZI  
PETER E FISCH  
ROBERT C FLEDER  
MARTIN FLUMENBAUM  
ANDREW J FOLEY  
HARRIS B FREIDUS  
MANUEL S FREY  
ANDREW L GAINES  
KENNETH A GALLO  
MICHAEL E GERTZMAN  
PAUL D GINSBERG  
ADAM M GIVERTZ  
SALVATORE GOGLIORMELLA  
ROBERT D GOLDBAUM  
NEIL GOLDMAN  
ERIC S GOLDSTEIN  
ERIC GOODSON  
CHARLES H GOOGE JR  
ANDREW G GORDON  
JUDI GROFMAN  
NICHOLAS GROOMBRIDGE  
BRUCE A GUTENPLAN  
GAINES GWATHMEY III  
ALAN S HALPERIN  
JUSTIN G HAMILL  
CLAUDIA HAMMERMAN  
GERARDE HARPER  
BRIAN S HERMANN  
ROBERT M HIRSH  
MICHELE HIRSHMAN  
MICHAEL S HONG  
JOYCE S HUANG  
DAVID S HUNTINGTON  
JEH C JOHNSON

MEREDITH J KANE  
ROBERTA A KAPLAN  
BRAD S KARP  
JOHN C KENNEDY  
ALAN W KORNBERG  
DANIEL J KRAMER  
DAVID K LASHOOR  
STEPHEN F LAMB\*  
JOHN E LANGE  
DANIEL J LEFELL  
XIAOYU GREG LIU  
JEFFREY D MARELL  
ALEXANDER V MASOTTI  
EDWIN S MAYNARD  
DAVID W MAYO  
ELIZABETH R MCCOLM  
MARK F MENDELSON  
WILLIAM B MICHAEL  
TOBY S MYERSON  
CATHERINE NYARADY  
JOHN J O NEIL  
ALEX YOUNG K OH  
BRAD R OKUN  
KELLEY D PARKER  
MARC E PERLMUTTER  
VALERIE E RADWANER  
CARL L REISNER  
WALTER G RICCIARDI  
JACQUELINE F RUBIN  
RICHARD A ROSEN  
ANDREW N ROSENBERG  
RAPHAEL M RUSSO  
JEFFREY D SAFERSTEIN  
JEFFREY B SAMUELS  
DALE M SARRO  
TERRY E SCHIMEK  
KENNETH M SCHNEIDER  
ROBERT B SCHUMER  
JAMES H SCHWAB  
JOHN M SCOTT  
STEPHEN J SHIMSHAK  
DAVID R SICULAR  
MOSES SILVERMAN  
STEVEN SIMKIN  
JOSEPH J SIMONS  
MARILYN SOBEL  
AUDRA J SOLOWAY  
TARUN M STEWART  
ERIC ALAN STONE  
AIDAN SVYNNOTT  
ROBYN F TARNOFSKY  
MONICA K THURMOND  
DANIEL J TOAL  
LIZA M VELAZQUEZ  
MARIA T VULLO  
ALEXANDRA M WALSH\*  
LAWRENCE G WEE  
THEODORE V WELLS JR  
BETH A WILKINSON  
STEVEN J WILLIAMS  
LAWRENCE I WITDORCHIC  
MARK B WLAZLO  
JULIA MASON WOOD  
JORDAN E YARETT  
KAYE N YOSHINO  
TONG YU  
TRACEY A ZACCONE  
T ROBERT ZACHOWSKI JR

\*NOT ADMITTED TO THE NEW YORK BAR

May 20, 2013

**By E-Mail and FedEx**

Sashi Bach Boruchow  
Boies, Schiller & Flexner LLP  
401 East Las Olas Blvd.  
Suite 1200  
Fort Lauderdale, FL 33301-2211

*Anwar, et al. v. Fairfield Greenwich Limited, et al.,*  
09-cv-0118 (VM)(FM)

Dear Sashi:

We write to address the issues you raise in your letter to Andrew Gordon, dated May 10, 2013. In particular, you ask “that Citco reconsider its position on withholding documents where Mr. Boonstra’s status as Citco’s in-house counsel serves as the basis of any claim of work-product or attorney-client privilege . . . .” Citco maintains that any of its claims of privilege are appropriate.

As you know, “[t]he purpose of the privilege is to protect the client’s communication, and to encourage full and frank disclosure when seeking legal advice, which is why the client holds the privilege and only the client can assert or waive it.” *Gucci Am., Inc. v. Guess?, Inc.*, 09 Civ. 4373 (SAS), 2011 WL 9375, at \*4 (S.D.N.Y. Jan. 3, 2011). To preserve this purpose, courts routinely recognize that, “[e]ven if the communications at issue were not made to an attorney, the privilege may be successfully claimed if the client reasonably believed that the person to whom the communications were made was in fact an attorney.” *Id.* at \*2 & n.14 (citing *In re Grand Jury Subpoena*

*Duces Tecum*, 112 F.3d 910, 923 (8th Cir. 1997); *United States v. Rivera*, 837 F. Supp. 565, 568 n.1 (S.D.N.Y. 1993)).

Thus, for example, in *Gucci*, the Court held that all communications between Gucci and its director of legal services were protected by the attorney-client privilege even though the director of legal services was not an active member of any Bar. The Court explained that, because “Gucci’s belief that [the director of legal services] was its attorney was more than reasonable,” Gucci’s communications were protected. *Id.* at \*6. Here, as in *Gucci*, there is ample support establishing that Citco reasonably believed that Mr. Boonstra was an attorney.<sup>1</sup> Accordingly, Citco is entitled to invoke the attorney-client privilege for communications with Mr. Boonstra.

All of the facts in this case point to a finding that Citco reasonably believed that Mr. Boonstra was its attorney when it communicated with him in the course of his employment as its in-house counsel. Among other things:

- Mr. Boonstra received a legal education and holds a law degree from Leiden University in the Netherlands. (Boonstra Tr. at 8:12-25)
- Mr. Boonstra has served as legal counsel for Citco Bank Nederland for sixteen years. (*Id.* at 6:11-17, 11:10-13)
- Mr. Boonstra is the most senior lawyer at Citco Bank Nederland and has a staff of lawyers that work for him. (*Id.* at 12:4-9)
- Most of the work Mr. Boonstra performs is legal work, and over the past 16 years he has provided various legal services to Citco Bank Nederland, including, but not limited to, contract negotiations and revisions, regulatory advice, and legal advice. (*Id.* at 7:17-25, 21:18-23:4, 27:9-28:7, 31:23-33:17, 148:19-49:21, 152:21-53:7, 155:17-56:20, 157:6-17, 162:23-65:21, 182:18-82:23, 191:14-93:9)
- Mr. Boonstra testified that he does not need a law license to serve as in-house legal counsel; he explained that a law license is needed only to appear in court. (*Id.* at 9:4-15, 218:10-19:11)
- Other Citco employees believe that Mr. Boonstra is a lawyer who serves as legal counsel for Citco Bank Nederland. (*See, e.g.*, DeRosa Tr. at

---

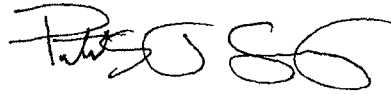
<sup>1</sup> In discussing the reasonable belief exception, Citco does not concede that your characterizations of “the laws of the Netherlands” are accurate. Indeed, a recent decision by the Dutch Supreme Court suggests that they are not. *See* HR 15 maart 2013, JBPr 2013, 19 m. nt. N.A.M.E.C. Fanoy (X. en Y/H9 Invest c.s.) (Neth.) (recognizing in-house privilege) (enclosed). Citco focuses on the reasonable belief exception, however, to show that its claims of privilege are appropriate regardless of the current status of Dutch law.

128:6-7, 243:13-44:3 (charactering Mr. Boonstra as an expert on Dutch Central Banking regulations); Smith Tr. at 70:17-18; and Keunen Tr. at 368:19-69:3.) And others would similarly testify.

“This is more than sufficient evidence to support the conclusion that [Citco] had a reasonable belief that [Mr. Boonstra] was its attorney throughout the relevant period; any other conclusion would be clearly erroneous.” *Gucci*, 2011 WL 9375, at \*5.

If, after reviewing and considering the issues in this letter, you still have questions about Citco’s assertion of privilege, we are happy to have a discussion and hear your views.

Sincerely,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Patrick J. Somers". The signature is stylized with a large initial "P" and "S".

Patrick J. Somers

cc: Andrew Gordon, Esq.  
Adam Deckinger, Esq.  
Josh Sheptow, Esq.

Enclosure

**LJN: BY6101, Hoge Raad , 12/02667**

Datum uitspraak: 15-03-2013

Datum 15-03-2013

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Procesrecht. Sprongcassatie in rekestprocedure mogelijk? Voorlopig  
getuigenverhoor; verschoningsrecht voor advocaat in dienstbetrekking.

Vindplaats(en): JBPr 2013, 19 m. nt. mr. N.A.M.E.C. Fanoy

NJB 2013, 670

Rechtspraak.nl

RvdW 2013, 405

**Uitspraak**

15 maart 2013

Eerste Kamer

12/02667

EE/MD

Hoge Raad der Nederlanden

Beschikking

in de zaak van:

1. [Eiser 1],  
wonende te [woonplaats],
  2. [Eiser 2],  
wonende te [woonplaats],
- EISERS tot cassatie,  
advocaat: aanvankelijk mr. K.G.W. van Oven  
thans mr. F.E. Vermeulen,

t e g e n

1. De stichting STICHTING H9 INVEST,  
gevestigd te Groningen,
2. SUNOIL B.V.,  
gevestigd te Coevorden,
3. DELTA BIOVALUE B.V.,  
gevestigd te Groningen,
4. DELTA N.V.,  
gevestigd te Middelburg,  
VERWEERDERS in cassatie,  
niet verschenen.

Verzoekers tot cassatie zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser 1] en [eiser 2]. Verweerders in cassatie ook als H9 Invest, Sunoil, Delta Biovalue en Delta.

1. Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de navolgende beschikkingen in de zaak 126861/HA RK 11-171 van de rechtbank Groningen van 11 juli 2011 en 28 februari 2012.

De beschikking van de rechtbank van 28 februari 2012 is aan deze beschikking gehecht.

## 2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikking van de rechtbank van 28 februari 2012 hebben [eiser 1] en [eiser 2] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit. H9 Invest, Sunoil, Delta Biovalue en Delta hebben geen verweerschrift ingediend. De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Wuisman strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis. De advocaat van [eiser 1] en [eiser 2] heeft bij brief van 19 december 2012 op die conclusie gereageerd.

## 3. Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Van maart tot begin augustus 2010 hebben gesprekken plaatsgevonden tussen enerzijds [betrokkene 1], die optrad namens H9 Invest en Sunoil, althans namens een van hen, en anderzijds [eiser 1], die naar zijn opgave optrad als gemachtigde van Delta Biovalue en Delta, over de overname van de aandelen in Delta Biovalue Nederland BV.

(ii) De aandelen in Delta Biovalue Nederland BV worden gehouden door Delta Biovalue, van welke vennootschap Delta Development&Water BV de enig bestuurder en aandeelhouder is. De enig aandeelhouder en bestuurder van deze laatste vennootschap is Delta.

(iii) Op 5 augustus 2010 is er, althans naar de mening van H9 Invest en Sunoil, wilsovereenstemming over de overname bereikt. Op enig moment na 5 augustus 2010 is dit laatste echter van de zijde van Delta Biovalue BV en Delta NV bestreden, op de grond dat [eiser 1] niet bevoegd was en zijn gesprekspartners dat wisten.

3.2 H9 Invest en Sunoil hebben een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor gedaan (onder meer ertoe strekkende dat [eiser 1] als getuige zou worden gehoord) en de rechtbank heeft dat verzoek toegewezen. Aan [eiser 1] is tijdens het voorlopig getuigenverhoor onder meer de vraag gesteld wat op een bijeenkomst eind augustus 2010, waarbij behalve hijzelf ook nog twee directieleden van Delta NV en de in dienst van Delta NV zijnde advocaat [eiser 2] aanwezig waren, door laatstgenoemde is gezegd. [Eiser 1] heeft toen bij monde van zijn raadsman te kennen gegeven dat hij tot beantwoording van die vraag niet gehouden was. [Eiser 2] was immers bij die bijeenkomst aanwezig in zijn hoedanigheid van advocaat en die omstandigheid brengt mee dat aan [eiser 1] een van het verschoningsrecht van [eiser 2] afgeleid recht toekomt om zich te verschonen van de verplichting om als getuige ter zake van de hem gestelde vraag een verklaring af te leggen. De rechtbank heeft het beroep van [eiser 1] op een afgeleid verschoningsrecht verworpen en bepaald dat [eiser 1] de vraag wat [eiser 2] tijdens de bijeenkomst eind augustus 2010 heeft gezegd, dient te beantwoorden.

De rechtbank overwoog daartoe onder meer het volgende:

"12. (...) Daarmee komt aan de orde de positie van de persoon die, zoals [eiser 2], bedrijfsjurist en advocaat in loondienst is. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in het arrest van 14 september 2010 (LJN BN8974, hierna ook: het Akzo-arrest) (opnieuw) geoordeeld dat voor aanspraak op bescherming van de geheimhouding (legal privilege) als voorwaarden gelden dat (1) de met de advocaat gevoerde communicatie betrekking heeft op de rechten van de verdediging van de cliënt en (2) dat het gaat om communicatie met een onafhankelijke advocaat. Advocaten in loondienst kunnen wat betreft de onafhankelijkheid niet op één lijn worden gesteld met externe advocaten, aangezien het vereiste van onafhankelijkheid veronderstelt dat er geen enkele dienstbetrekking tussen de advocaat en zijn cliënt bestaat, zo heeft het Hof geoordeeld. Het Hof heeft in genoemd arrest herhaald (r.o. 42) zijn reeds eerder uitgesproken oordeel dat de tweede voorwaarde berust op de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van de rechtspleging de door zijn cliënt benodigde bijstand moet verlenen. Het Hof heeft in het Akzo-arrest voorts overwogen (r.o. 47) dat de omstandigheid dat de advocaat in loondienst is maakt dat hij niet van de door zijn werkgever gevolgde commerciële strategieën kan afwijken, waarmee zijn mogelijkheden om beroepsmatig onafhankelijk te handelen in het geding zijn.

13. Het Akzo-arrest is gegeven in een (Europese) mededingingszaak, maar die context wijkt niet zozeer af van die van een (Nederlandse) civiele procedure, dat de overwegingen van het Hof thans niet alleszins relevant zijn. Met overneming van de argumentatie van het Hof van Justitie oordeelt de rechtbank dat aan een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt.

14. Het vorenstaande oordeel maakt dat de rechtbank ontslagen is van de verplichting een vrijwel onmogelijke opgave uit te voeren, namelijk om wat betreft de gedragingen van de advocaat in loondienst een tweedeling te maken tussen hetgeen hij 'als bedrijfsjurist' en hetgeen hij 'als advocaat' ondernomen, gehoord en gezegd heeft."

#### 4. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep

4.1 [Eiser 1] en [eiser 2] hebben sprongcassatie ingesteld. Art. 398 Rv, dat sprongcassatieberoep mogelijk maakt tegen vonnissen die in eerste ressort op tegenspraak zijn geweest, is in art. 426 lid 4 Rv niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de verzoekschriftprocedure. Ingeval echter alle partijen en belanghebbenden aan wie het recht van hoger beroep toekomt, hebben ingestemd met een sprongcassatieberoep nadat een beschikking in eerste aanleg is gegeven, is er geen grond om dat beroep niet toe te staan.

4.2 Deze zaak betreft een voorlopig getuigenverhoor, waarin aan de orde is of een getuige gerechtigd is om met een beroep op een verschoningsrecht een hem gestelde vraag niet te beantwoorden. Indien de rechter beslist dat de getuige dat recht mist, kan alleen de getuige daartegen beroep instellen. Hij dient dat beroep in te stellen tegen de verzoekers van het voorlopig getuigenverhoor en degenen die door hen overeenkomstig art. 187 Rv in hun verzoekschrift tot het houden van dat verhoor als wederpartij zijn aangewezen. Daarom dient in dat geval door al die partijen met het sprongcassatieberoep te worden ingestemd, aan welke eis werd voldaan in HR 10 april 2009, LJN BG9470, NJ 2010/471. In de onderhavige zaak dient derhalve met het sprongcassatieberoep te zijn ingestemd door [eiser 1], H9 Invest, Sunoil, Delta Biovalue en Delta.

4.3 H9 Invest, Sunoil, Delta Biovalue en Delta zijn in cassatie niet verschenen. Voor zover blijkt, heeft alleen Sunoil ingestemd met een sprongcassatieberoep. [Eiser 1] is daarom niet-ontvankelijk in zijn cassatieberoep.

Voor [eiser 2] geldt reeds op deze grond hetzelfde.

#### 5. Verdere overwegingen

5.1 De Hoge Raad ziet evenwel redenen naar aanleiding van het middel het volgende te overwegen.

5.2 Het middel neemt tot uitgangspunt dat de rechtbank ten onrechte heeft aangenomen dat mededingingsrechtelijke jurisprudentie van het HvJEU, waarbij een advocaat in loondienst een verschoningsrecht werd ontzegd, meebrengt dat ook naar Nederlands recht "aan een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt" (rov. 13). Dienaangaande wordt het volgende vooropgesteld.

5.3 In de door de rechtbank aangehaalde zaak HvJEU 14 september 2010, LJN BN8974, NJ 2010/629 heeft het HvJEU enerzijds bevestigd, kort gezegd, dat wat betreft het Unierechtelijke mededingingsrecht een advocaat in dienstbetrekking geen verschoningsrecht toekomt (vanwege, samengevat, een gebrek aan onafhankelijkheid), doch anderzijds uitgemaakt dat het mededingingsrecht van de EU en het nationale mededingingsrecht naast elkaar van toepassing zijn en dat het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel dus niet ertoe verplicht voor beide types procedures identieke criteria te hanteren wat betreft de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaten en cliënten. Deze uitspraak geldt dus niet buiten het Unierechtelijke mededingingsrecht.

5.4 In Nederland is reeds geruime tijd aanvaard dat een advocaat in dienstbetrekking werkzaam kan

zijn (HR 10 november 1939, Advocatenblad 1940, blz. 92/93, en HR 22 februari 1957, NJ 1957/212). Eveneens geruime tijd geleden heeft het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten publiekrechtelijke regelingen vastgesteld waaraan de advocaat in dienstbetrekking en zijn werkgever zijn gebonden (de Verordening op de advocaat in dienstbetrekking van 17 juni 1977 en de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 27 november 1996).

Krachtens art. 3 lid 3 van de laatstgenoemde Verordening is de werkgever van een advocaat in loondienst verplicht een professioneel statuut te ondertekenen en zich daarmee te verbinden om een onafhankelijke praktijkuitoefening te eerbiedigen en de ongestoorde naleving van de beroeps- en gedragsregels van de advocaat te bevorderen, inclusief die met betrekking tot zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht.

Art. 4 van dit statuut luidt:

"De werkgever stelt de werknemer in staat de voor de advocaat geldende beroeps- en gedragsregels na te leven. Hij staat er voor in dat de werknemer volledig vrij is zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen te belasten indien de belangen van die partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. De werkgever stelt de werknemer in staat zijn verplichtingen met betrekking tot de geheimhouding van gegevens en de vrije en onbelemmerde uitoefening van het verschoningsrecht ter zake van de door hem behandelde zaken en de aard en omvang van daarmee samenhangende belangen. De werkgever onthoudt zich van al hetgeen dat ertoe strekt dat anderen dan de werknemer, de cliënt, door de cliënt aangewezen personen of het in de advocatenpraktijk werkzame personeel van die gegevens kennis kunnen nemen. De werkgever past zo nodig de organisatie en de inrichting van het bedrijf aan het bovenstaande aan en stelt de werknemer in staat door het verschaffen van toereikende hulpmiddelen zijn advocatenpraktijk naar behoren uit te oefenen."

5.5 Gezien de Nederlandse praktijk en de waarborgen die aldus in Nederland omtrent de wijze van praktijkuitoefening van advocaten in dienstbetrekking bestaan, is geen grond om aan een advocaat het verschoningsrecht te ontzeggen op grond van het enkele feit dat hij in dienstbetrekking werkzaam is.

## 6. Beslissing

De Hoge Raad:

verklaart [eiser 1] en [eiser 2] niet-ontvankelijk in hun beroep;  
veroordeelt [eiser 1] en [eiser 2] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van H9 Invest en Sunoil begroot op nihil.

Deze beschikking is gegeven door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, C.E. Drion, G. Sniijders en M.V. Polak, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer M.A. Loth op 15 maart 2013.

### **Conclusie**

Zaaknummer: 12/02667

mr. Wuisman

Roldatum: 7 december 2012 (bij vervroeging)

CONCLUSIE inzake:

1. [Eiser 1],
  2. [Eiser 2],
- eisers tot cassatie,  
advocaat: mr. K.G.W. van Oven;

tegen

1. Stichting H9 Invest,



2. Sunoil B.V.,  
verweersters in cassatie,  
niet verschenen.

In de voorliggende cassatiezaak waarin sprake is van sprongcassatie, vormt de centrale vraag of aan een advocaat, die tevens als bedrijfsjurist een dienstbetrekking bij een onderneming heeft, het recht heeft zich te verschonen van de verplichting om in rechte als getuige verklaringen af te leggen.

#### 1. Feiten en procesverloop

1.1 Verweersters in cassatie((1)) hebben met een op 24 mei 2011 bij de rechtbank Groningen binnengekomen verzoekschrift verzocht om een voorlopig getuigenverhoor te houden. Aan dit verzoek is, voor zover te dezen van belang, kort samengevat het volgende ten grondslag gelegd:

(i) In 2010 hebben van maart tot in augustus gesprekken plaatsgevonden tussen enerzijds [betrokkene 1], die optrad namens beide verweersters in cassatie althans namens een van hen, en anderzijds [eiser 1], die naar zijn opgave optrad als gemachtigde van Delta Biovalue BV en Delta NV, over de overname van de aandelen in Delta Biovalue Nederland BV.

(ii) De aandelen in Delta Biovalue Nederland BV worden gehouden door Delta Biovalue BV, van welke vennootschap de enig bestuurder en aandeelhouder Delta Development&Water BV is. De enig aandeelhouder en bestuurder van deze laatste vennootschap is Delta NV.

(iii) Op 5 augustus 2010 is er, althans naar de mening van verweersters in cassatie, wilsovereenstemming over de overname bereikt. Op enig moment na 5 augustus 2010 is dit laatste echter van de zijde van Delta Biovalue BV en Delta NV bestreden.

(iv) Het bewijs van het mondeling tot stand gekomen zijn van de overeenkomst kan door middel van getuigenverklaringen worden geleverd.

Verzocht is om als getuige onder meer [eiser 1], werkzaam bij Delta NV, te horen.

1.2 Bij beschikking van 11 juli 2011 heeft de rechtbank het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te houden en in dat kader [eiser 1] als getuige te horen ingewilligd.

1.3 Tijdens het op 14 februari 2012 gehouden getuigenverhoor is [eiser 1] onder meer de vraag gesteld wat op een bijeenkomst eind augustus 2010, waarbij behalve hij zelf ook nog twee directieleden van Delta NV en de in dienst van Delta NV zijnde advocaat [eiser 2] aanwezig waren, door laatstgenoemde is gezegd. Ter zake van die vraag heeft [eiser 1] bij monde van zijn raadsman te kennen gegeven dat hij tot beantwoording van die vraag niet gehouden is: [eiser 2] was immers aanwezig in zijn hoedanigheid van advocaat; die omstandigheid brengt mee dat aan [eiser 1] een van het verschoningsrecht van [eiser 2] afgeleid recht toekomt om zich te verschonen van de verplichting om als getuige ter zake van de hem gestelde vraag een verklaring af te leggen. De raadsman van verweersters in cassatie heeft namens hen het beroep op het afgeleide verschoningsrecht bestreden. De rechter-commissaris heeft daarop dit geschilpunt voor beslechting naar de meervoudige kamer van de rechtbank verwezen.

1.4 Bij beschikking van 28 februari 2012, LJN BV7149, heeft de rechtbank het beroep van [eiser 1] op een afgeleid verschoningsrecht verworpen en bepaald dat [eiser 1] de vraag wat [eiser 2] tijdens de bijeenkomst eind augustus 2010 heeft gezegd, dient te beantwoorden. De rechtbank overweegt daartoe met name het volgende:

"12. (...) Daarmee komt aan de orde de positie van de persoon die, zoals [eiser 2], bedrijfsjurist en advocaat in loondienst is. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft in het arrest van 14 september 2010 (LJN BN8974, hierna ook: het Akzo-arrest) (opnieuw) geoordeeld dat voor aanspraak op bescherming van de geheimhouding (legal privilege) als voorwaarden gelden dat (1) de met de advocaat gevoerde communicatie betrekking heeft op de rechten van de verdediging van de cliënt en (2) dat het gaat om communicatie met een onafhankelijke advocaat. Advocaten in loondienst kunnen wat betreft de onafhankelijkheid niet op één lijn worden gesteld met externe advocaten, aangezien het vereiste van onafhankelijkheid veronderstelt dat er geen enkele dienstbetrekking tussen de advocaat en zijn cliënt bestaat, zo heeft het Hof geoordeeld. Het Hof heeft in genoemd arrest

herhaald (r.o. 42) zijn reeds eerder uitgesproken oordeel dat de tweede voorwaarde berust op de rol van de advocaat als medewerker bij de rechtspleging, die geheel onafhankelijk en in het overwegend belang van de rechtspleging de door zijn cliënt benodigde bijstand moet verlenen. Het Hof heeft in het Akzo-arrest voorts overwogen (r.o. 47) dat de omstandigheid dat de advocaat in loondienst is maakt dat hij niet van de door zijn werkgever gevolgde commerciële strategieën kan afwijken, waarmee zijn mogelijkheden om beroepsmatig onafhankelijk te handelen in het geding zijn.

13. Het Akzo-arrest is gegeven in een (Europese) mededingingszaak, maar die context wijkt niet zozeer af van die van een (Nederlandse) civiele procedure, dat de overwegingen van het Hof thans niet alleszins relevant zijn. Met overneming van de argumentatie van het Hof van Justitie oordeelt de rechtbank dat aan een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt."

14. Het vorenstaande oordeel maakt dat de rechtbank ontslagen is van de verplichting een vrijwel onmogelijke opgave uit te voeren, namelijk om wat betreft de gedragingen van de advocaat in loondienst een tweedeling te maken tussen hetgeen hij 'als bedrijfsjurist' en hetgeen hij 'als advocaat' ondernomen, gehoord en gezegd heeft." ((2))

1.5 Op basis van een tussen betrokkenen afgesproken sprongcassatie (artikel 398, sub 2 Rv)((3)) zijn [eiser 1] en [eiser 2] bij een op 29 mei 2012 bij de griffie van de Hoge Raad binnen gekomen verzoekschrift van de beschikking van 28 februari 2012 van de rechtbank in cassatie.((4)) Met het door hen aangevoerde cassatiemiddel bestrijden zij de het oordeel van de rechtbank dat aan een advocaat in dienstbetrekking geen beroep toekomt op een functioneel of professioneel verschoningsrecht, alsmede de op dat oordeel gebaseerde afwijzing van het beroep van [eiser 1] op een afgeleid verschoningsrecht. Voor Stichting H9 Invest en Sunoil B.V. heeft zich geen advocaat gesteld.

## 2. Ontvankelijkheid cassatieberoep van [eiser 2]

2.1 In artikel 426 Rv is bepaald dat tegen beschikkingen op rekest, waarvan in het onderhavige geval sprake is, cassatie kan worden ingesteld door degenen die in de vorige instantiën zijn verschenen. Aan verwerende zijde houdt het verschenen zijn in het ingediend hebben van een verzoekschrift en/of het gehoord zijn. Voor wat [eiser 2] betreft is van het een noch het ander sprake. Dit brengt mee dat [eiser 2] in diens cassatieberoep niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.

2.2 Opmerking verdient evenwel nog dat, wanneer een belanghebbende buiten zijn schuld in de vorige instanties niet is verschenen, er toch ruimte is hem in zijn cassatieberoep ontvankelijk te verklaren. ((5)) Op deze omstandigheid is echter door [eiser 2] in de mede door hem in cassatie ingediende stukken geen beroep gedaan. Dat het niet verschijnen buiten zijn schuld is gelegen, ligt ook niet zonder meer voor de hand. Nu zowel [eiser 1] als [eiser 2] bij Delta NV in dienst waren en [eiser 2] bovendien als bedrijfsjurist/advocaat, valt ervan uit te gaan dat laatstgenoemde bekend was met het voorlopige getuigenverhoor en met het daarin gerezen geschil omtrent zijn verschoningsrecht als advocaat in dienstbetrekking. Onder deze omstandigheden had het op zijn weg gelegen om, indien hij bij de rechtbank gehoord had willen worden, hij daartoe de benodigde stappen had ondernomen. Daarvan is echter niet gebleken.

## 3. Bespreking van het cassatiemiddel

### A. Enige algemene opmerkingen over het verschoningsrecht van de advocaat.

3.1 In lid 1 van artikel 165 Rv is bepaald dat een ieder, indien daartoe op wettige wijze opgeroepen, verplicht is getuigenis af te leggen. Daaraan wordt in lid 2, aanhef en sub b toegevoegd dat zich van deze verplichting kunnen verschonen zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd.

3.2 Het zich van de getuigplicht kunnen verschonen is voor een beperkte groep van vertrouwenspersonen aanvaard en stoelt op het binnen Nederland algemeen geldende rechtsbeginsel

dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijke belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaring van het besprokene tot hen moet kunnen wenden voor bijstand en advies.((6))

3.3 Tot de beperkte groep van vertrouwenspersonen die zich van de getuigplicht kunnen verschonen, wordt in Nederland al van oudsher diegene gerekend aan wie het rechtens is toegestaan het beroep van advocaat uit te oefenen.((7)) Ook op Europeesrechtelijk niveau heeft het verschoningsrecht van de advocaat als complement op diens geheimhoudingsverplichting erkenning gevonden als een algemeen rechtsbeginsel.((8)) Achter de keuze van het laten prevaleren in de verhouding cliënt/advocaat van de geheimhouding boven de waarheidsvinding steekt mede de meer algemene overweging dat daarmee uiteindelijk ook de handhaving van de rechtstaat wordt gediend. De justitiabele kan bij het aanvaarden van een geheimhoudingsplicht en een daaraan complementair verschoningsrecht beter worden geholpen bij het handhaven van zijn rechtspositie tegenover anderen, onder wie de vaak met veel macht beklede overheid. De advocaat zal zijn diensten als advocaat bestaande uit het verlenen van rechtsbijstand in ruime zin immers pas dan optimaal kunnen verlenen, wanneer hij door degene, die om zijn hulp verzoekt, volledig wordt geïnformeerd. Om te bevorderen dat de advocaat volledig kan worden en wordt geïnformeerd, dient zijn cliënt er wel op te kunnen vertrouwen dat datgene wat hij aan de advocaat toevertrouwt geheim blijft. Voor het kunnen hebben van dat vertrouwen is niet slechts vereist dat op de advocaat een plicht rust om de informatie die hem als advocaat is toevertrouwd geheim te houden, maar als noodzakelijk complement ook dat de advocaat zich kan verschonen van de plicht om als getuige verklaringen af te leggen omtrent datgene wat hem als advocaat is toevertrouwd.((9)) Via een afgeleid verschoningsrecht kan ook aan derden die wetenschap hebben van wat aan een advocaat is toevertrouwd, een recht toekomen om zich van de getuigplicht te verschonen.

3.4 Aan het aanvaarden van een geheimhoudingsplicht te samen met het recht om zich van de getuigplicht te verschonen is echter vanuit het maatschappelijk belang wel weer de beperking gesteld dat door de advocaat van deze faciliteiten geen 'misbruik' wordt gemaakt. Vanuit de samenleving in het algemeen en vanuit de rechterlijk macht meer in het bijzonder moet er nl. ook op kunnen worden vertrouwd dat de advocaat zich niet inlaat met zaken en praktijken die hij in gemoede niet of althans niet op een bepaalde wijze kan verdedigen. Zo dient hij de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet door een ander te (laten) gebruiken als dekmantel voor ongeoorloofde praktijken en ook dient hij de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht niet in te zetten voor de behartiging van eigen belangen. Dit brengt mee dat, hoezeer de relatie tussen cliënt en advocaat een vertrouwensrelatie vormt, de advocaat toch tegenover de cliënt een distantie dient aan te houden die hem in de verhouding tot de cliënt in staat stelt om af te zien van standpunten en gedragingen in en buiten rechte die in alle redelijkheid rechtens niet juist of geoorloofd zijn te achten.

3.5 Reeds om te voorkomen dat de plicht tot medewerking aan de waarheidsvinding niet te zeer verwatert, is het geboden om de groep van vertrouwenspersonen met een geheimhoudingsplicht en een daaraan gekoppeld verschoningsrecht beperkt te houden. Daarenboven brengt hetgeen hiervoor onder 3.3 en 3.4 is opgemerkt mee dat het toekennen van een geheimhoudingsplicht met een verschoningsrecht aan een groep vertrouwenspersonen slechts toelaatbaar is te achten in geval van een homogene en daarmee ook goed te organiseren en te reguleren groep van vertrouwenspersonen. Dan pas zal het mogelijk zijn om door het opstellen van (gedrags)regels en het uitvoeren van controle op de naleving van die regels te bevorderen dat de vertrouwenspersonen uit de betrokken groep hun werkzaamheden in vakkundig en vak-ethisch opzicht op het vereiste niveau uitoefent. Het bestaan van goede (gedrags)regels en de uitoefening van een doeltreffende controle op de naleving van de (gedrags)regels vormen belangrijke voorwaarden om van de samenleving te kunnen verlangen er vertrouwen in te hebben dat 'misbruik' van de geheimhoudingsplicht en het daaraan verbonden verschoningsrecht achterwege blijft en de eis van medewerking aan de waarheidsvinding wijkt voor het respecteren van de vertrouwelijkheid.((10))

B. Het verschoningsrecht van een advocaat in dienstverband.

3.6 De hiervoor in 3.4 vermelde gehoudenheid van een advocaat om ten aanzien van de cliënt distantie aan te houden heeft de voorvraag doen rijzen of de beroepsactiviteiten van een advocaat wel in dienstverband kunnen worden uitgeoefend. Daarbij moet niet worden gedacht aan een bij een advocaat die het beroep van advocaat als zelfstandige uitoefent of bij een samenwerkingsverband van zelfstandige advocaten. Te dezen gaat het om de bedrijfsjurist, die in een arbeidsverhouding tot een onderneming staat en tot taak heeft juridische vraagstukken, die bij die onderneming spelen, te behartigen. In de voorliggende zaak gaat het immers om een dergelijke persoon.

3.6.1 Hoewel de voorvraag weleens negatief is beantwoord((11)) dan wel over de zin van de combinatie van bedrijfsjurist/advocaat sceptisch is uitgesproken((12)), is het toch niet tot een algemene afwijzing van die combinatie gekomen.

In 1939 en in 1957 gewezen arresten heeft de Hoge Raad het uitoefenen van de beroepsactiviteiten van een advocaat in het kader van een dienstbetrekking uit een oogpunt van het vereiste van onafhankelijkheid van optreden niet bij voorbaat onmogelijk geacht.((13))

Op 17 juni 1977 heeft het College van Afgevaardigden van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA) de Verordening op de advocaat in dienstbetrekking vastgesteld.((14)) In die verordening werd het uitoefenen van de beroepsactiviteiten van een advocaat in het kader van een dienstverband niet geheel verboden maar wel sterk aan banden gelegd. Zo hield artikel 4 van die verordening in dat het de advocaat die in dienst is van een werkgever, niet geoorloofd is naar buiten als advocaat of proces gemachtigde voor die werkgever op te treden.

Voor de zojuist vermelde verordening is in 1996 de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstbetrekking van 27 november 1996 in de plaats gesteld.((15)) In artikel 2 van deze verordening wordt tot uitgangspunt genomen dat het de advocaat is toegestaan de praktijk van advocaat in dienstverband uit te oefenen, indien daardoor de vrijheid en onafhankelijkheid in gevaar kunnen worden gebracht. In lid 1 van artikel 3 worden specifiek de categorieën werkgevers genoemd bij wie de praktijk van advocaat in dienstverband mag worden uitgeoefend. De praktijk van advocaat mag, zo wordt in lid 2 bepaald, bij een andere werkgever dan in lid 1 genoemd worden uitgeoefend, zolang hij binnen die dienstbetrekking uitsluitend optreedt voor die werkgever en de werkzaamheden in hoofdzaak zijn gericht op de uitoefening van de rechtspraak. Met name hier komt de bedrijfsjurist naar voren. In lid 3 wordt aan de uitoefening van de praktijk van advocaat in dienstverband de voorwaarde gesteld dat de werkgever zich conform de bepalingen van het Professioneel Statuut voor de Advocatuur in Dienstbetrekking jegens de advocaat heeft verbonden de onafhankelijke praktijkuitoefening te eerbiedigen en de ongestoorde naleving van de beroeps- en gedragsregels van de advocaat te bevorderen en zolang de werkgever en de advocaat hun verplichtingen uit hoofde van het statuut daadwerkelijk nakomen. Voor de aanvang van de uitoefening van de praktijk van advocaat in dienstbetrekking dient een door de werkgever en de advocaat ondertekend exemplaar van het statuut aan de Raad van Toezicht worden overhandigd (artikel 5, lid 2) en geschillen over dat statuut worden ook aan de Raad van Toezicht voorgelegd (artikel 5, lid 3). In het modelstatuut is onder 4 onder meer bepaald: "De werkgever stelt de werknemer in staat de voor de advocaat geldende beroeps- en gedragsregels na te leven. Hij staat er voor in dat de werknemer volledig vrij is zich niet met de behartiging van de belangen van twee of meer partijen te belasten indien de belangen van die partijen tegenstrijdig zijn of een daarop uitlopende ontwikkeling aannemelijk is. De werkgever stelt de werknemer in staat zijn verplichtingen met betrekking tot de geheimhouding van gegevens en de vrije en onbelemmerde uitoefening van het verschoningsrecht ter zake van de door hem behandelde zaken en de aard en omvang van daarmee samenhangende belangen."

3.7 In het hiervoor in 3.5 en 3.6 gestelde is een bevestiging te zien niet alleen dat binnen Nederland aanvaard is dat het uitoefenen van het beroep van advocaat, zij het onder de nodige voorwaarden, kan worden gecombineerd met het zijn van bedrijfsjurist in dienstverband, maar ook dat ook dan de aan het beroep van advocaat verbonden geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht opgeld doen.((16))

C. De uitspraken van het Hof van Justitie te Luxemburg van 18 mei 1982 en 14 september 2010 in de AM&S-zaak, respectievelijk de Akzo Nobel/Akros-zaak ((17))

3.8 In de AM&S-zaak waren aan de orde de vraag of de EG-Commissie in het kader van een onderzoek van die Commissie bij een onderneming naar een eventuele inbreuk op de verbodsbepalingen in - toen nog - de artikelen 85 en 86 EG-verdrag - het recht heeft kennis te nemen van de inhoud van stukken die deel uitmaken van een briefwisseling tussen de onderneming en haar advocaat, en de vraag, indien de Commissie dat recht vanwege de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt niet heeft, wie bepaalt of stukken niet aan de Commissie ter hand hoeven te worden gesteld vanwege deze vertrouwensrelatie. De Commissie nam het standpunt in primair dat zij in het kader van de verificatie krachtens artikel 14 lid 3 van de verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (Pb 1962, blz. 204) een recht van inzage heeft in ook tussen een advocaat en zijn cliënt gewisselde stukken, en subsidiair, d.w.z. voor het geval zij dat recht niet zou hebben, dat haar wel dergelijke informatie moet worden verstrekt dat zij kan beoordelen of de bedoelde stukken van dien aard zijn dat zij onder het verschoningsrecht van de advocaat vallen. Het Hof van Justitie verwierp zowel het primaire als het subsidiaire standpunt van de EG-Commissie.

3.8.1 In verband met het primaire standpunt van de EG-Commissie overweegt het hof van Justitie onder meer:

18. Bovengenoemde regeling - [de verificatieregeling in verordening nr. 17/62] - sluit echter de mogelijkheid niet uit bepaalde bedrijfsbescheiden onder bepaalde voorwaarden als vertrouwelijk te erkennen. Het gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische maar ook juridische vervlechting van de lidstaten, moet rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben op het gebied van de eerbiediging van het vertrouwelijke karakter van o.m bepaalde mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt. Deze vertrouwelijkheid dient immers het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is onafhankelijk juridische advies te geven aan eenieder die het behoeft.

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

27. Gelet op het vorenoverwogene, moet derhalve worden geconcludeerd dat Verordening nr. 17/62 en inzonderheid art. 14 daarvan, uitgelegd in het licht van haar bewoordingen, opzet en doelstellingen en met inachtneming van het recht van de lidstaten, de Commissie de bevoegdheid verleent, bij een verificatie in de zin van dat artikel overlegging te verlangen van alle bedrijfsbescheiden, met in begrip van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt, waarvan zij kennisneming noodzakelijk acht om te kunnen optreden tegen eventuele inbreuken op art 85 en 86 EEG-verdrag. Deze bevoegdheid vindt echter haar begrenzing in het vereiste de vertrouwelijkheid onder de bovenomschreven voorwaarden te eerbiedigen wanneer de betrokken briefwisseling heeft plaatsgevonden tussen een zelfstandige advocaat - dat wil zeggen een advocaat die niet in dienstbetrekking staat tot zijn cliënt - en deze laatste.

3.8.2 In verband met het subsidiaire standpunt van de Commissie schrijft het Hof van Justitie een procedure voor die erop neerkomt dat, wanneer de Commissie en de betrokken onderneming niet in der minne tot overeenstemming kunnen komen over de gelding van het verschoningsrecht van de advocaat met betrekking tot bepaalde informatie, dan het aan het Hof is dit geschilpunt te beslechten in een procedure, waarin de betrokken onderneming opkomt tegen en beschikking van de Commissie waarin overlegging van de stukken wordt gelast.

3.9 Ook in de Akzo Nobel/Akcros-zaak is sprake van een verificatie door de Commissie van mogelijke inbreuken op de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86 EEG-verdrag. Ook hier is een geschil gerezen over de vraag of zekere documenten wel of niet onder het verschoningsrecht van een advocaat vallen. Tot die documenten horen onder meer twee e-mails, die waren gewisseld tussen de general manager van Akcros en de coördinator mededingingsrecht van Akzo Nobel, die in dienst is van Akzo Nobel en tevens in Nederland als advocaat is ingeschreven. De Commissie heeft bij beschikking

van 10 februari 2003 definitief vastgesteld dat, anders dan Akzo Nobel en Akcros verdedigen, de in geschil zijnde documenten niet tot de onder de vertrouwelijkheid tussen een advocaat en een cliënt vallende documenten kunnen worden gerekend. De hiertegen gerichte beroepen van Akzo Nobel en Akcros heeft het Gerecht in eerste aanleg bij arrest van 17 september 2007 afgewezen. Tegen deze afwijzing zijn Akzo Nobel en Akcros bij het Hof van Justitie in beroep gegaan.

3.9.1 In de procedure bij het Hof van Justitie zijn nogal wat interveniënten opgetreden die zich achter het door Ackros en Akzo Nobel ingenomen standpunt schaarden. Te noemen zijn de Conseil des barreaux européens, de Algemene Raad van de Nederlandse Orde van advocaten, de European Company Lawyers Association, de American Corporate Association (ACCA), de International Bar Association, het Verenigd Koninkrijk van Groot Brittannië en Noord-Ierland, Ierland en Nederland.

3.9.2 Akzo Nobel en Akcros hebben, evenals een aantal interveniënten, aangevoerd dat het Gerecht in eerste aanleg het in de AM&S-zaak gewezen arrest ten onrechte aldus heeft uitgelegd dat interne advocaten worden uitgesloten van het beroep op vertrouwelijkheid van de relatie advocaat/cliënt. Een bedrijfsjurist die als advocaat is ingeschreven op het tableau, is immers reeds vanwege zijn gedrags- en tuchtrechtelijke verplichtingen even onafhankelijk als een externe advocaat.

3.9.3 Het Hof van Justitie wijdt hieraan in zijn arrest onder meer de volgende overwegingen: 45. Zoals de advocaat-generaal in de punten 60 en 61 van haar conclusie heeft opgemerkt, wordt het begrip onafhankelijkheid van de advocaat niet enkel positief - door een verwijzing naar de gedragsrechtelijke voorwaarden - maar ook negatief - door de nadruk op het ontbreken van een dienstbetrekking - omschreven. Een advocaat in dienstbetrekking is, ondanks zijn toelating als advocaat en de daarmee samenhangende gedragsrechtelijke voorwaarden, niet even onafhankelijk van zijn werkgever als een advocaat die in een extern advocatenkantoor werkzaam is tegenover zijn cliënt. In die omstandigheden kan de advocaat in dienstbetrekking minder doeltreffend met eventuele belangenconflicten tussen zijn beroepsverplichtingen en de doelstellingen en wensen van zijn cliënt omgaan als een externe advocaat.

46. Ten aanzien van de beroepsregels die door requiranten ter onderbouwing van de onafhankelijkheid van S. worden ingeroepen, volstaat het op te merken dat, ofschoon de door Akzo en Ackros ingeroepen regels van Nederlands recht betreffende de beroepsorganisatie de positie van de interne advocaat binnen de onderneming kunnen versterken, zij niettemin geen even grote onafhankelijkheid als die van een externe advocaat kunnen waarborgen.

47. Niettegenstaande de beroepsregels die in casu krachtens specifieke bepalingen van Nederlands recht van toepassing zijn, kan een interne advocaat, ongeacht de waarborgen voor een onafhankelijke beroepsuitoefening waarover hij beschikt, niet met een externe advocaat worden gelijkgesteld vanwege de omstandigheid dat hij in loondienst is. Door die omstandigheid kan een interne advocaat niet van de door zijn werkgever gevolgde commerciële strategieën afwijken en zijn mogelijkheden om beroepsmatig onafhankelijk te handelen in geding.

48. Daarbij komt dat een interne advocaat in het kader van zijn arbeidsovereenkomst verzocht kan worden nog andere taken op zich te nemen, zoals in casu die van coördinator voor het mededingingsrecht, die een weerslag kunnen hebben op het commerciële beleid van de onderneming. Dergelijke taken kunnen de nauwe banden van de advocaat met zijn cliënt enkel versterken.

49. Hieruit volgt dat de interne advocaat vanwege zowel zijn economische afhankelijkheid als de nauwe banden met zijn werkgever, beroepsmatig niet even onafhankelijk is als een externe advocaat.

50. Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door toepassing te geven aan de tweede voorwaarde van het beginsel van vertrouwelijkheid dat in het reeds aangehaalde arrest AM&S Europe/Commissie is genoemd.

3.9.4 Naar aanleiding van de stelling van Akzo Nobel en Akcros dat de ontwikkelingen na de uitspraak in de AM&S-zaak in ieder geval tot een bijstelling nopen van het in die uitspraak met betrekking tot de advocaat in dienstverband gegeven oordeel overweegt het Hof van Justitie nog het volgende:

71. Het Gerecht, op zijn beurt, heeft in punt 170 van het bestreden arrest vastgesteld dat de specifieke rol van de bedrijfsjurist en de bescherming van de communicatie met hem uit hoofde van de vertrouwelijkheid in 2004 weliswaar relatief ruimer verspreid waren dan op het tijdstip waarop het

arrest AM&S Europe/Commissie werd uitgesproken, doch dat er geen uniforme tendensen of tendensen in de duidelijke meerderheid van de rechtsstelsels van de lidstaten zijn terug te vinden.

72. Bovendien volgt uit punt 171 van het bestreden arrest dat volgens het rechtsvergelijkende onderzoek dat het Gerecht heeft verricht, een groot aantal lidstaten bedrijfsjuristen nog steeds uitsluit van de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten. Bovendien is het bedrijfsjuristen in een groot aantal lidstaten niet toegestaan zich op het tableau in te schrijven en wordt hun derhalve niet de status van advocaat verleend.

74. Bijgevolg kan uit de rechtsorden van de 27 lidstaten van de Europese Unie geen overheersende tendens naar bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie binnen een onderneming of groep van ondernemingen worden afgeleid.

3.9.5 Omtrent de verhouding van de EU-regels en de nationale regels ter zake van mededinging merkt het Hof van Justitie in zijn uitspraak onder meer nog het volgende op:

102. De bevoegdheden waarover de Commissie krachtens verordening nr. 17 en verordening nr. 1/2003((18)) onderscheiden zich immers van de omvang van de onderzoeken die op nationaal niveau kunnen worden verricht. Beide types van procedures berusten immers op een bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende mededingingsautoriteiten. De regels over de bescherming van de vertrouwelijkheid van communicatie tussen advocaten en cliënten kunnen bijgevolg verschillen naargelang van deze bevoegdheidsverdeling en de daarop betrekking hebbende regelingen.

103. Het hof heeft dienaangaande geoordeeld dat het mededingingsrecht van de Unie en het nationale mededingingsrecht naast elkaar van toepassing zijn, aangezien zij restrictieve gedragingen vanuit verschillende gezichtshoeken beschouwen.((19))

105. Het rechtzekerheidsbeginsel verplicht er dus niet toe om voor beide voornoemde types van procedure identieke criteria te hanteren voor wat betreft de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten.

110. .... . De (Unie)wetgever heeft geen geharmoniseerde definitie van het beginsel van vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt gegeven, hetgeen betekent dat de lidstaten bevoegd blijven om - [ook op het vlak van het mededingingsrecht] - dit specifieke aspect van de rechten van verdediging te regelen.

D. Welke gevolgen zijn aan de uitspraak in de Akzo Nobel/Akcros-zaak voor het Nederlandse recht te verbinden?

3.10 De vraag die nu onder ogen moet worden gezien, is of in de uitspraak van het Hof van Justitie in de Akzo Nobel/Akcros-zaak een voldoende aanleiding is te vinden om, zoals de rechtbank Groningen in haar in cassatie bestreden beschikking d.d. 28 februari 2012 doet, algemeen voor het Nederlandse recht aan te nemen dat een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, zijnde het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt?

3.11 Het Hof van Justitie acht voor de aanvaarding van het verschoningsrecht van de advocaat ter waarborging van de vertrouwelijkheid van de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt, geboden dat de advocaat een onafhankelijke positie tegenover de cliënt inneemt. In het nationale Nederlandse recht wordt die eis eveneens gesteld. Het Hof van Justitie is echter van oordeel dat, wanneer de uitoefening van de advocatuur in het kader van een dienstverband van bedrijfsjurist bij de cliënt plaatsvindt, die geboden onafhankelijkheid, ondanks de beroepsregels waaraan de bedrijfsjurist in verband met zijn hoedanigheid van advocaat is onderworpen, niet in dezelfde mate is gewaarborgd als het geval is bij een zelfstandige, dus niet in dienstverband optredende advocaat. De advocaat in dienstverband kan, aldus het Hof, minder doeltreffend met eventuele belangenconflicten tussen zijn beroepsverplichtingen en doelstellingen en wensen van zijn cliënt omgaan als een externe, niet in dienstverband tot de cliënt staande advocaat. Die in de ogen van het Hof mindere onafhankelijkheid acht het Hof een beletsel om bij een advocaat in dienstverband het verschoningsrecht als noodzakelijk complement voor de vertrouwelijkheid van de relatie tussen advocaat en cliënt te aanvaarden. Het Hof heeft daarbij echter niet een algemeen werkend beletsel op het oog. Het Hof geeft zijn oordeel binnen het kader van de uitleg van de regeling in de verordeningen nr. 17/1962 en nr. 1/2003 van de bevoegdheden van de EU-Commissie bij een onderzoek bij bedrijven naar eventuele inbreuken op Europese mededingingsregels

als thans neergelegd in de artikelen 101 en 102 VWEU. Die Europese regels betreffen de handel tussen 27 lidstaten. Die regels dienen, aldus het Hof van Justitie in 114 en 115 van zijn uitspraak, voor al die lidstaten op gelijke wijze te worden uitgelegd. Daarbij kan niet tot uitgangspunt worden aangehouden dat er in een duidelijke meerderheid van die lidstaten tendensen zijn om de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en diens cliënt ook aan te nemen in het geval de advocatuurlijke activiteiten in het kader van een dienstverband van bedrijfsjurist worden uitgeoefend (71 en 72 van de uitspraak). Het Hof van Justitie merkt in 85 en 86 van zijn uitspraak omtrent de regeling in de verordening nr. 1/2003 op dat de bevoegdheden van de EU-Commissie ruim zijn omschreven en dat dit, zoals uit de considerans van de verordening blijkt, hiermee verband houdt dat het steeds moeilijker wordt inbreuken op mededingingsregels te ontdekken. Dat noopte de bevoegdheden van de EU-Commissie in de verordening 1/2003 uit te breiden. De bedoeling van het Hof van Justitie om slechts een oordeel in verband met de bevoegdheden van de EU-Commissie uit te spreken blijkt ook hieruit dat het Hof in 103 van zijn uitspraak erop wijst dat het mededingingsrecht van de Unie en het nationale mededingingsrecht naast elkaar van toepassing zijn en in 113 dat overeenkomstig het beginsel van nationale procedurele autonomie het een aangelegenheid van de interne (nationale) rechtsorde is om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen.((20))

3.12 Gezien de zojuist beschreven reikwijdte van het arrest van het Hof van Justitie in de Akzo Nobel/Akcros-zaak, heeft de rechtbank Groningen in rov. 13 ten onrechte enkel op grond van de argumentatie van het Hof van Justitie in heel algemene zin geoordeeld dat een advocaat in loondienst voor wat betreft de communicatie met zijn cliënt, zijnde het bedrijf waar hij werkt, niet het privilege van het verschoningsrecht toekomt. Van een bredere onderbouwing voorziet de rechtbank haar beslissing niet. Vast te stellen is dat noch in de literatuur noch in de rechtspraak geluiden opklinken die aanleiding geven om terug te komen op de aan het eind van de vorige eeuw toch vrij breed gedeelde, met name in de Verordening op de praktijkuitoefening in dienstverband tot uitdrukking gebrachte opvatting dat - binnen de nodige randvoorwaarden - ook voor de advocaat in dienstverband, waaronder het dienstverband van bedrijfsjurist, een geheimhoudingsplicht gewaarborgd door een verschoningsrecht geldt.

#### 4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis.

De Procureur-Generaal bij de  
Hoge Raad der Nederlanden

1. Voor wat Sunoil B.V. betreft wordt in voetnoot 3 op blz. 1 van het verzoekschrift tot cassatie vermeld dat tijdens de mondelinge behandeling van het verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor zijdens verweersters Delta c.s. is opgemerkt dat Sunoil B.V. geen bestaande vennootschap is, dat de rechtbank dit verweer heeft gepasseerd, maar dat uit recherche in het handelsregister is gebleken dat het moet gaan om de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Sunoil Biodiesel Holding B.V., gevestigd te Emmen.
2. Het vonnis is gepubliceerd in NJ 2012, 429 en JBPr 2012, nr. 59, met een noot van mr. N.A.M.E.C. Fanoy. Het vonnis heeft aanleiding gegeven tot kamervragen, waarop de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie onder meer heeft geantwoord: "In afwachting van een definitief rechterlijk oordeel zal ik in overleg met betrokken partijen mij nader oriënteren op (de reikwijdte van) het verschoningsrecht." Bron: TK 2011-2012, Aangangsel van de Handelingen, 2187, blz. 2. 3. In artikel 398, sub 2, Rv is bepaald dat van niet in hoogste ressort gewezen vonnissen cassatieberoep kan worden ingesteld, indien partijen zijn overeengekomen van hoger beroep af te zien. In het onderhavige geval gaat het om een beschikking. In HR 10 april 2009, LJN BG9470, NJ 2010, 471 is evenwel een bevestiging te zien dat er niettemin ruimte voor sprongcassatie is. In het betrokken geval zijn de in cassatie betrokken partijen sprongcassatie overeengekomen ten aanzien van een beschikking van de rechtbank, waarin aan een als getuige opgeroepen mediator een beroep op het verschoningsrecht is ontzegd. De Hoge Raad vernietigt in zijn arrest deze beschikking.



4. Het beroep is tijdig ingesteld. Omdat 28 mei 2012 een algemeen erkende feestdag was, is de termijn voor het instellen van cassatieberoep met een dag verlengd naar 29 mei 2012; zie artikel 1, lid 1 van de Algemene termijnenwet.
5. Zie onder meer HR 7 december 2001, LJN AD6831, NJ 2002, 38.
6. Aldus de Hoge Raad in rov. 4.1.3 uit HR 9 augustus 2002, LJN AE6324, NJ 2004, 47, m.nt. H.J. Snijders en PW 2004, 21709, m.nt. Van Erp Taalman Kip-Nieuwenkamp.
7. Zie meer recent over de geheimhoudingsplicht van de advocaat met daaraan gekoppeld diens recht zich van de getuigplicht te verschonen meer in het algemeen onder meer: F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken, serie Recht en Praktijk nr. 131, 2004, met name hoofdstuk 3.4; R. Verkijk, De advocaat in het burgerlijk proces, diss. Universiteit Maastricht, 2010, blz. 414 e.v. en blz. 439 e.v. inzake het Nederlandse recht; F.A.W. Bannier/N.A.M.E.C. Fanoy, Beroep: advocaat; In de ban van de Balie, 2011, Hoofdstuk 12 De privileges, blz. 187 e.v.; F.A.W. Bannier, Zoals een behoorlijk advocaat betaamt; Advocatengedragrecht, derde druk, 2011, hoofdstuk 5 Verhouding tot de cliënt (2) Geheimhouding, blz. 69 e.v.
8. Daarover meer bij R. Verkijk, De advocaat in het burgerlijk proces, diss. Universiteit Maastricht, 2010, blz. 418 en 419 en ook hieronder sub 3.8 en 3.8.1.
9. De geheimhoudingsplicht van de advocaat is thans niet met zoveel woorden in de wet vastgelegd. Er bestaat wel het voornemen om dat alsnog te doen. Er is bij de Tweede Kamer een wetsontwerp inzake Aanpassing van de Advocatenwet, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet tarieven in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde - (TK 2009-2010, 32 382, nr. 2) - ingediend, waarin in artikel 10a de kernwaarden van de advocatuur worden omschreven. In lid 1 is onder meer bepaald dat de advocaat zorg draagt voor de rechtsbescherming van zijn cliënt en dat hij daartoe bij de uitoefening van zijn beroep vertrouwenspersoon is en hij geheimhouding in acht neemt binnen de door de wet en het recht gestelde grenzen. In de MvT - (TK 2009-2010, 32 382, nr. 3, blz. 11) - wordt onder meer opgemerkt: "Zonder vertrouwelijkheid zou adequate rechtshulp in het gedrang kunnen komen. Het belang van een cliënt en van de rechtsbedeling in het algemeen brengt mee dat de advocaat niet verplicht kan worden om in rechte een verklaring af te leggen over wat tussen hem en de rechtzoekende is gewisseld aan informatie."
10. De zojuist vermelde overwegingen hebben een rol gespeeld in de uitspraken, waarin de Hoge Raad het aanvaarden van een geheimhoudingsplicht met een verschoningsrecht afwees voor de belastingadviseur - HR 6 mei 1986, LJN AB9405, NJ 1986, 814, m.nt. W.L. Haardt, rov. 4.3 en 4.4 - en vooralsnog ook voor de mediator - HR 10 april 2009, LJN BG9470, NJ 2010, 471, m.nt. C.J.M. Klaassen, rov. 3.6.2.2.
11. Zie bijvoorbeeld L.D. Pels Rijcken, De advocaat in dienstbetrekking, Advocatenblad 1958 blz. 51. Zo merkt hij met betrekking tot de bedrijfsjurist/advocaat onder meer op: "Doordat hij de onafhankelijkheid mist, kan men van hem niet verwachten, dat hij zijn werkgever zal weerhouden van handelingen, waaraan een advocaat niet behoort mede te werken, noch ook dat hij die medewerking zal kunnen weigeren."
12. P.J.W. de Brauw, De onafhankelijke advocaat in dienstbetrekking in zijn verhouding tot zijn cliënt, Scholten-bundel Non sine causa, 1979, blz. 19 e.v., met name blz. 26. De auteur gaat overeenkomstig de regelgeving van dat moment ervan uit dat de bedrijfsjurist/advocaat geen procesrechtelijk werk voor zijn werkgever mag verrichten. H. Collot d'Éscury neemt in: Het hek van de dam?, Advocatenblad 1975, blz. 569 e.v. een genuanceerder standpunt in. Hij wijst echter erop dat bij een dienstverband er sprake is van een ingebouwde belangentegenstelling. Hij vraagt zich vervolgens af of een tussen de werkgever en de bedrijfsjurist/advocaat uitgewisselde verklaring dat zij de beroepsregels zullen respecteren, wel een voldoende basis vormt om erop te kunnen vertrouwen dat die regels inderdaad zullen worden nageleefd. Hoe is eigenlijk controle mogelijk of de werkgever dit vertrouwen niet beschaamd?
13. Zie HR 10 november 1939, Advocatenblad 1940, blz. 92 en 93 en HR 22 februari 1957, NJ 1957, 212. In het laatste arrest overweegt de Hoge Raad onder meer: "dat het Hof terecht heeft vooropgesteld, dat de ervaring in Nederland niet in het algemeen reden geeft aan te nemen, dat bij de vereniging van de beroepen van advocaat en "bedrijfsjurist" de uit de arbeidsverhouding voortvloeiende verhouding van ondergeschiktheid in belangrijke mate van invloed pleegt te zijn op de wijze waarop de werknemer zijn nevenfunctie als advocaat uitoefent", en verderop ook nog: "dat (...)" nog valt te bedenken dat zich aanmeldenden na hun inschrijving als advocaat onder de in de

Advocatenwet geregelde tucht vallen en dat mitsdien bij het zich openbaren van ongewenste gevolgen van een situatie als de onderhavige deswege kan worden opgetreden; (...)".

14. Stcrt. 11 juli 1977, nr. 132, blz. 2. De bevoegdheid van het College van Afgevaardigden om verordeningen in het belang van de goede uitoefening van de praktijk uit te oefenen stoelt op artikel 28 Advocatenwet. In artikel 30 Advocatenwet is voorzien in de mogelijkheid van vernietiging bij koninklijk besluit van verordeningen.

15. Stcrt. 10 december 1996, nr. 239, blz. 52. De verordening bouwt voort op het onder leiding van, toen nog professor, Cohen opgestelde rapport van de Interdepartementale Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur van 27 jun 1995. De verordening is opgenomen in Vademecum advocatuur 2012, deel I, blz. 184 e.v.

16. Zie over de advocaat in dienstbetrekking nog F.A.W. Bannier/N.A.M.E.C. Fanoy, Beroep: advocaat; In de ban van de Balie, 2011, blz. 142 e.v. Op blz. 144 wordt opgemerkt dat dertien jaar na de verordening van 1996 er ongeveer 400 advocaten in dienstverband zijn.

17. EG Hof van Justitie 18 mei 1982, LJN AC7631, NJ 1983, 150 en SEW 1983, nr. 2, blz. 125 e.v., m.nt. F.W. Vogelaar (Austalian Mining&Smelting Europe Limited v. Europese Commissie) en EU Hof van Justitie 14 september 2010, C-550/07: LJN BN8974; NJ 2010, 629, m.nt. M.R. Mok; AB 2011, 59, m. nt. A.P.W. Duijkersloot; JBPr 2011, 1, m.nt. N.A.M.E.C. Fanoy; JOR 2010, 332, m.nt. R.G.J. de Haan; Ondernemingsrecht 2010, nr. 151, m.nt. B.J. Drijber (Akzo Nobel Chemicals Ltd. en Akros Chemicals Ltd. v. Europese Commissie). Zie voor een beschouwing over de laatstgenoemde uitspraak nog P. Kuipers, Legal Privilege en het Akzo-arrest: slecht nieuws, NtEr 2010, nr. 10, blz. 337 e.v.

18. Deze verordening is de opvolger van verordening nr. 17.

19. Het hof wijst erop dat de artikelen 101 en 102 VWEU - de opvolgers van de artikel 85 en 86 EEG-verdrag - anders dan de nationale mededingingsregelingen het oog hebben op belemmeringen van de handel tussen lidstaten.

20. In dit verband verdient het volgende de aandacht. In artikel 5.17 Algemene wet bestuursrecht worden aan een toezichthouder - bijvoorbeeld de Nma - toekomstige bevoegdheden omschreven, zoals het vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en het maken van kopieën van de bescheiden. In artikel 5.20 lid 2 wordt de in lid 1 opgenomen plicht tot het verlenen van medewerking aan een toezichthouder, niet van toepassing verklaard voor diegenen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift tot geheimhouding verplicht zijn. In artikel 51 lid 1 Mededingingswet wordt genoemd artikel 5.17 niet van toepassing verklaard op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat, die is toegelaten tot de balie, die zich bij de onderneming bevinden en waarop artikel 5.20 lid 2 Algemene wet bestuursrecht van toepassing zou zijn, indien die geschriften zich onder de advocaat zouden bevinden. Van 'de advocaat die toe de balie is toegelaten' wordt niet uitgezonderd de advocaat in dienstverband.