

Everything you say can and will be used against you? Trial within a trial praktisch benaderd

VAST 2025 / P-026

12 juni 2025

In een beroepsaansprakelijkheidsgechil komt de advocaat regelmatig tegenover zijn voormalig cliënt te staan. Staat het de advocaat daarbij ook vrij om ter verweer alle informatie die de cliënt hem eerder heeft toevertrouwd, met de rechter te delen?

1. Inleiding

Advocaten kunnen beroepsfouten maken, zoals het niet tijdig instellen van een rechtsmiddel of het niet tijdig stuiten van de verjaring van een vordering. De fout is dan evident, maar onzeker is of de fout ook tot schade heeft geleid. Onzeker is immers of de vordering of het rechtsmiddel wel succesvol zou zijn geweest. Dat wordt beoordeeld via een '*trial within a trial*'. In de beroepsaansprakelijkheidsprocedure tegen de advocaat wordt beoordeeld wat de uitkomst was geweest van de procedure die zou zijn gevoerd als het rechtsmiddel wel tijdig was ingesteld respectievelijk de vordering niet was verjaard. Het oorspronkelijke geschil tussen de cliënt en zijn wederpartij wordt als het ware opnieuw of alsnog beoordeeld in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Over het juridisch kader dat hierbij geldt, bestaat consensus. Onduidelijk is echter op welke informatie een advocaat zich in de beroepsaansprakelijkheidszaak kan beroepen. Meer in het bijzonder: mag de advocaat alle informatie die zijn (voormalig) cliënt hem eerder – in vertrouwen – verstrekke ook in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure tegen de cliënt inroepen? Met deze bijdrage willen we deze vraag beantwoorden. We bespreken daartoe eerst het beoordelingskader van de trial within a trial (hoofdstuk 2). Daarna duiden we het dilemma dat kan ontstaan als de advocaat door de cliënt aan hem toevertrouwde informatie in de beroepsaansprakelijkheidszaak wil inroepen (hoofdstuk 3). We behandelen daarop de relevante overwegingen uit het *Baijings*-arrest (hoofdstuk 4), de civielrechtelijke waarheidsplicht (hoofdstuk 5), de uitgangspunten van het civiele bewijsrecht (hoofdstuk 6) en de advocatuurlijke geheimhoudingsplicht (hoofdstuk 7). Vervolgens formuleren wij ter beantwoording van de gestelde vraag een hoofdregel (hoofdstuk 8) en een uitzondering (hoofdstuk 9) en gaan wij in op mogelijke sancties (hoofdstuk 10). Daarop volgt een korte conclusie (hoofdstuk 11).

2. Het juridisch kader voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidsprocedure: het Baijings-criterium

Het *Baijings*-arrest uit 1997 geeft het relevante juridisch kader voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidsprocedure.¹ Het ging daar om een advocaat die niet tijdig hoger beroep had ingesteld tegen een voor zijn cliënt ongunstig vonnis. De cliënt betoogde dat hij in die appelprocedure, indien tijdig geëntameerd, in het gelijk zou zijn gesteld. Daarmee rees de vraag hoe de kans van slagen van het gemiste hoger beroep beoordeeld moest worden: abstract of concreet?

² De Hoge Raad geeft hiervoor drie regels:

- De beoordeling van de merites van de onderliggende zaak moet zo nauwkeurig mogelijk plaatsvinden. Waar die nauwkeurige vaststelling niet mogelijk is, kan een inschatting worden gemaakt op grond van de goede en kwade kansen.

- Om de nauwkeurige beoordeling te faciliteren moeten advocaat en (voormalig) cliënt alle informatie verschaffen die in de gemiste procedure aan de orde zou zijn gekomen.
- De advocaat mag zich in de beroepsaansprakelijkheidszaak tegen zijn (voormalig) cliënt keren; hij mag het standpunt innemen dat de oorspronkelijke wederpartij van zijn cliënt zou hebben ingenomen.³

De Hoge Raad kiest hiermee dus voor een in beginsel concrete beoordeling. Er moet zo concreet mogelijk bepaald worden wat de uitkomst van de gemiste procedure zou zijn geweest. Slechts waar daarover onzekerheid bestaat, bijvoorbeeld omdat relevante feitelijke informatie ontbreekt, kan schatting plaatsvinden aan de hand van de goede en kwade kansen.⁴ Dit past bij het uitgangspunt dat de beroepsbeoefenaar niet meer schade hoeft te vergoeden dan hij daadwerkelijk heeft veroorzaakt en de uit artikel 6:97 BW voortvloeiende regel dat schade in beginsel zo concreet mogelijk wordt vastgesteld.

Het weergegeven toetsingskader geldt ongeacht of de (voormalig) cliënt stelt dat hij de gemiste procedure volledig had gewonnen, dan wel dat hij vraagt om vergoeding van kansschade.⁵ De vraag hoe de rechter in de gemiste procedure had moeten beslissen, is daarbij een juridische vraag die door de rechter in de beroepsaansprakelijkheidszaak, en niet door een (gerechtelijk) deskundige, moet worden beantwoord.⁶ De stelplicht en bewijslast van de stelling dat in de gemiste procedure een gunstig of ten minste beter resultaat zou zijn behaald, rusten op grond van de hoofdregel uit de artikelen 149 en 150 Rv op de cliënt. Hij moet de schade en het causaal verband bewijzen. Bij deze beoordeling is de bewijslastverdeling uit de onderliggende procedure wel van betekenis. Als de cliënt in de onderliggende zaak van een bepaalde stelling niet de bewijslast droeg, wordt hij in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure niet alsnog belast met de 'volle' bewijslast van die stelling.⁷ Er moet in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure worden beoordeeld hoe in de onderliggende zaak zou zijn beslist met inachtneming van de bewijslastverdeling die in die onderliggende zaak zou hebben gegolden.

3. Het dilemma voor de beroepsbeoefenaar

Cliënten verstrekken hun advocaat informatie in het vertrouwen dat deze informatie niet met derden zal worden gedeeld. Hierop ziet de advocatuurlijke geheimhoudingsplicht.⁸ De toevertrouwde informatie kan onder meer een mededeling of bewijsstuk zijn waaruit volgt dat de cliënt in zijn geschil met zijn wederpartij juist minder sterk staat dan hij deed voorkomen. Zo kan de cliënt bijvoorbeeld aan zijn advocaat vertellen dat hij twijfelt of een bepaalde getuige onder ede wel een goede verklaring zal afleggen, of kan uit een brief in het dossier volgen dat de door de cliënt in rechte verdedigde uitleg van een overeenkomst minder plausibel is. De cliënt (of zijn advocaat) is niet steeds gehouden om dergelijke informatie spontaan in een procedure aan de rechter en wederpartij te openbaren. Artikel 21 Rv verplicht procespartijen weliswaar tot het volledig en juist aanvoeren van de feiten, maar de strekking van dit artikel is dat de rechter niet bewust op het verkeerde been wordt gezet.⁹ Een spontane volledige exhibitieplicht/disclosure kan uit dit artikel niet worden afgeleid.¹⁰ Daar staat tegenover dat rechters (met name) sinds de recente herziening van het bewijsrecht steeds minder lijdelijk zijn dan voorheen.¹¹ Rechters kunnen partijen onder meer bevelen om aanvullende informatie/stukken in het geding te brengen, al dan niet op verzoek van de wederpartij (artikel 22 Rv en artikel 162 Rv). Ook kan een procespartij zelf voorafgaand aan of in de procedure van zijn wederpartij inzage vorderen in bepaalde gegevens (artikelen 194-196 Rv). Maar ook dan bevat het geheugen en het dossier van de advocaat regelmatig informatie die

nog niet kenbaar is uit de correspondentie en de processtukken die in de onderliggende zaak met de wederpartij van de cliënt zijn gewisseld. Mag de advocaat zich in het beroepsaansprakelijkheids geschil nu beroepen op deze hem toevertrouwde informatie, waar die (nog) niet aan de wederpartij van zijn cliënt en/of de rechter in de oorspronkelijke procedure bekend was (gemaakt)?

4. Baijings-regel sub B: gegevens verstrekken die in procedure tegen de wederpartij aan de orde zouden zijn gekomen

In het *Baijings*-arrest overwoog de Hoge Raad:

“Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding - de cliënt en diens voormalige advocaat - aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden zijn gekomen.”

De Hoge Raad roept daarmee op tot het in de beroepsaansprakelijkheidszaak overleggen van alle relevante informatie die *in* de onderliggende procedure aan de orde was gekomen. De vraag is wat wordt bedoeld met ‘aan de orde was gekomen’. Gaat het om de informatie waarvan het aannemelijk is dat deze in de onderliggende procedure zou zijn ingeroepen of overgelegd (al dan niet na een bevel daartoe van de rechter of een inzagevordering van de wederpartij),¹² of gaat het om alle informatie die relevant zou kunnen zijn voor de beoordeling van de onderliggende procedure? Nu de Hoge Raad in het *Baijings*-arrest kiest voor een in beginsel concrete beoordeling van de onderliggende zaak, ligt voor de hand dat het eerste wordt bedoeld. Dat betekent dat de Hoge Raad aanmoedigt dat de advocaat en zijn voormalig cliënt in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure (in elk geval) die informatie verstrekken die in de onderliggende procedure (al dan niet eerst in hoger beroep) zou zijn verstrekt. Het betreft bovendien een oproep van de Hoge Raad; ‘*is het wenselijk*’. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het ontoelaatbaar of onwenselijk zou zijn dat door de aangesproken advocaat tevens ander(soortig)e informatie wordt ingeroepen of getoond in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Anders gezegd, het *Baijings*-arrest bevat geen duidelijk antwoord op de in dit artikel gestelde vraag.

5. Waarheidsvinding in civiele procedures

Het in artikel 21 Rv verankerde beginsel van de waarheidsvinding is om twee redenen van belang voor de beantwoording van de hier centraal staande vraag. In de eerste plaats brengt dit beginsel met zich mee dat de kans groot is dat vrijwel alle relevante informatie hoe dan ook in de onderliggende procedure aan het licht was gekomen. In de tweede plaats brengt dit principe met zich mee dat de advocaat in beginsel alle hem bekende informatie kan inroepen in zijn beroepsaansprakelijkheidszaak.¹³ Artikel 21 Rv vergt dat in een civiele procedure zo veel mogelijk wordt beoordeeld op grond van de juiste en complete feiten. Rechters hebben verschillende mogelijkheden om te realiseren dat ook het hele verhaal op tafel komt. Zo kan de rechter met een beroep op artikel 22 Rv en/of artikel 162 Rv gelasten dat procespartijen gegevens in het geding brengen. Daarnaast kan een rechter tijdens een (door hem ambtshalve te gelasten) mondelinge behandeling vragen aan de procespartijen stellen, waarbij veel rechters een behoorlijke actieve

opstelling kiezen. Procespartijen hebben daarnaast zelf mogelijkheden om te bewerkstelligen dat hun wederpartij relevante informatie openbaart. Gedacht kan worden aan het verzoeken van een voorlopig deskundigenbericht, een voorlopig getuigenverhoor of het instellen van een inzagevordering ex artikel 194 Rv.¹⁴ De logische consequentie hiervan is dat veel informatie die de cliënt eerder met zijn advocaat had uitgewisseld in de onderliggende procedure uiteindelijk ook aan het licht zou zijn gekomen. De hiervoor genoemde brief van de cliënt zou mogelijk via een beroep op artikel 22 Rv of artikel 194 Rv alsnog in de procedure aan het licht kunnen zijn gekomen, bijvoorbeeld wanneer de cliënt zou worden bevolen om de precontractuele correspondentie over te leggen. De getuige die mogelijk geen overtuigende verklaring had afgelegd, zou in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure (of een daaraan voorafgaand voorlopig getuigenverhoor) gehoord kunnen worden. Als in de oorspronkelijke procedure uiteindelijk alle relevante informatie op tafel was gekomen, wordt de (voormalig) cliënt er ook niet slechter van dat deze informatie wordt betrokken in de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidszaak. In dat licht is het weinig logisch om hiervoor beperkingen aan de advocaat op te leggen. Maar wat als het partijdebat in de onderliggende procedure bijvoorbeeld maakte dat het bestaan van de bedoelde brief niet kenbaar was aan de wederpartij en rechter en dus niet zou zijn gevorderd/opgevraagd? Ook dan brengt het beginsel van de waarheidsvinding volgens ons meer principiële met zich mee dat een advocaat in beginsel alle aan hem bekende informatie mag gebruiken in zijn beroepsaansprakelijkheidszaak ten opzichte van de (voormalig) cliënt. Het in artikel 21 Rv verankerde uitgangspunt dat alle relevante informatie in de beoordeling betrokken moet worden, geldt immers ook voor die beroepsaansprakelijkheidsprocedure. Ook al gaat het om informatie waarover de oorspronkelijke wederpartij van de cliënt mogelijk (nog) niet beschikt heeft, dan kan de informatie waarover de advocaat beschikt nog steeds relevant zijn voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidsvraag. Wel kan een rechter hierbij rekening houden met de vraag of deze informatie in de onderliggende procedure ook aan de orde was gekomen en afhankelijk van het antwoord daarop de informatie zwaarder dan wel minder zwaar meewegen. Kortom, gezien het zwaarwegend belang dat in de rechtspraak aan de waarheidsvinding wordt toegekend, nemen wij aan dat de advocaat informatie die hij eerder in vertrouwen van zijn cliënt heeft verkregen als uitgangspunt met de beroepsaansprakelijkheidsrechter mag delen. Het betreft immers in de regel informatie die relevant is voor de beoordeling van de zaak door de rechter.

6. Het civiele recht kent in beginsel geen uitsluiting van bewijs

De jurisprudentie rondom het thema 'onrechtmatig verkregen bewijs' toont aan dat het belang van de waarheidsvinding voorop staat. Er geldt in het civiele recht een vrije bewijsleer; als uitgangspunt zijn in het civiele procesrecht alle bewijsmiddelen toegelaten.¹⁵ Ook bewijsstukken die op ontoelaatbare of onrechtmatige wijze zijn verkregen, kunnen daarom in beginsel in de beoordeling van de procedure worden betrokken.¹⁶ De reden daarvoor is dat het algemene maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt en het belang van partijen om hun stellingen in rechte aannemelijk te maken, in beginsel zwaarder weegt dan het belang bij het uitsluiten van bewijs. Slechts in geval van bijkomende, relatief zwaarwegende, omstandigheden moet een bewijsmiddel toch buiten beschouwing worden gelaten.¹⁷ Een enkele inbreuk op de privacy is als zodanig bijvoorbeeld onvoldoende voor uitsluiting van het bewijsmiddel.¹⁸ Wij tekenen daarbij meteen aan dat in de situatie dat een cliënt vrijwillig informatie met zijn advocaat deelt, van onrechtmatige of ontoelaatbare verkrijging welbeschouwd geen sprake is. De advocaat is op rechtmatige wijze over de informatie komen te beschikken. Aldus ook expliciet de Raad van Discipline Den Haag: *"Bij de beoordeling van de vraag is verder van belang dat verweerders het rapport op rechtmatige wijze hebben verkregen, namelijk door verstrekking door klager zelf aan verweerder sub 1."*¹⁹ De tussenconclusie is dus dat zelfs onrechtmatig verkregen bewijs in beginsel wordt meegewogen, terwijl de advocaat de informatie daarnaast niet op onrechtmatige wijze van zijn cliënt verkreeg.

7. De geheimhoudingsplicht en advocatuurlijke gedragsregel 3

Deze constatering is ook in lijn met de advocatuurlijke gedragsregels. Gedragsregel 3 ziet op de geheimhoudingsplicht van de advocaat. Het vierde artikellid luidt:

"De geheimhoudingsplicht strekt niet zo ver dat de advocaat wordt beperkt in het voeren van verweer in een procedure tegen hem ingesteld door degene jegens wie hij tot geheimhouding verplicht is. De advocaat neemt daarbij in acht dat hij de belangen van degene jegens wie hij tot geheimhouding is verplicht niet onnodig of onevenredig schaadt."

In de toelichting op deze gedragsregel valt verder te lezen:

"Een advocaat die vertrouwelijke informatie aanwendt die noodzakelijk is voor zijn eigen verdediging schendt het beroepsgeheim in beginsel niet. Het gebruik van vertrouwelijke informatie vergt niettemin een zorgvuldige belangenafweging van de advocaat, ook als er ook belangen van andere partijen dan de klagende cliënt in het geding zijn."

Als uitgangspunt staat het een advocaat dus vrij om in een (tuchtprocedure of) beroepsaansprakelijkheidsprocedure een beroep te doen op alle informatie die de cliënt hem eerder verstrekke. Dat is begrijpelijk, want de advocatuurlijke geheimhoudingsplicht heeft externe, maar geen interne, werking. Daarmee bedoelen we dat een advocaat vertrouwelijke informatie niet met derden mag delen; daarvan is echter in beginsel geen sprake indien de advocaat de informatie inroept in een procedure tegen zijn eigen cliënt die hem de informatie eerder toevertrouwde.²⁰ De cliënt, en ook de rechter die oordeelt, is wat dat betreft niet als derde te beschouwen. Aldus ook het Hof van Discipline:

*"Anderzijds is geen sprake van een gerechtvaardigd belang van klager dat door het inbrengen van het rapport nodeloos wordt geschaad. In feite is alleen de rechter toegevoegd aan degenen die kennis hebben van het rapport en deze is tot geheimhouding gehouden."*²¹

Daarbij volgt uit de gedragsregel wel de eis van proportionaliteit: het inroepen van informatie die niet relevant is voor de beoordeling van de zaak kan de belangen van de cliënt nodeloos en/of onevenredig schaden en is in dat geval (tuchtrechtelijk) niet toegestaan. Hierbij kan worden gedacht aan het in de beroepsaansprakelijkheidszaak door de advocaat aanvoeren van feiten die de voormalig cliënt in diskrediet brengen of die zijn moraliteit in twijfel trekken, maar welke feiten niet van wezenlijke betekenis zijn voor de beoordeling van de claim. Ter illustratie: het feit dat een cliënt jegens de advocaat slecht betaalgedrag vertoonde, is irrelevant voor de beoordeling of de cliënt in de onderliggende zaak had kunnen bewijzen dat hij heeft gedwaald bij het sluiten van een koopovereenkomst. Het feit dat de cliënt stelselmatig te laat was met het betalen van zijn advocaat kan echter wel (voldoende) van belang zijn als beoordeeld moet worden of de cliënt financieel in staat zou zijn geweest om tijdig een aanbetaling te doen aan een verkoper. Wij merken hierbij nog op dat de gedragsregels weliswaar invulling geven aan de binnen de beroepsgroep geldende

opvattingen, maar dat dit geen regels zijn die een-op-een toepasbaar zijn in het civiele (proces)recht. Anders gezegd, het civiele procesrecht kent geen expliciete sanctie op het schenden van gedragsregel 3.²²

8. Voorzichtige conclusie: alle informatie mag worden overgelegd, tenzij

Het *Baijings*-arrest roept op tot overlegging in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure van de informatie waarvan aannemelijk is dat die in de onderliggende procedure ook zou zijn ingeroepen, maar dat sluit volgens ons niet uit dat door de advocaat aanvullend ook andere informatie onder de aandacht van de beroepsaansprakelijkheidsrechter kan worden gebracht. Daarbij komt dat ook de rechter in de onderliggende zaak de voor de hand liggende maatregelen zou (moeten) nemen om te zorgen dat hij van alle relevante informatie werd voorzien. Dit alles brengt mee dat de meeste informatie waarover de advocaat beschikte op enig moment ook in de oorspronkelijke procedure op tafel was gekomen. Het lijkt dan niet meer dan redelijk dat de advocaat in zijn beroepsaansprakelijkheidsprocedure die informatie in kan/mag roepen. Dit is in lijn met het uitgangspunt van de waarheidsvinding, dat ook in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure geldt. Kortom, als uitgangspunt mag een advocaat alles dat hij weet uit hoofde van de eerdere behandeling van de zaak in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure tegen zijn (voormalig) cliënt inroepen.

Geen uitgangspunt is natuurlijk zonder uitzondering. Gedragsregel 3 illustreert dat bepaalde informatie toch niet aan de beroepsaansprakelijkheidsrechter getoond zou mogen worden. Weliswaar betreft het hier geen civielrechtelijke regel, maar het ligt voor de hand dat tot op zekere hoogte een civielrechtelijke evenknie van deze bepaling geldt. Daarop duidt ook dat artikel 22 Rv (gelijk artikel 194 Rv) een uitzondering op de openbaarplicht kent.²³ Het betreft hier de uitzondering voor gewichtige redenen, waarbij onder meer is gedacht aan informatie met een meer vertrouwelijk karakter. Wat voor informatie valt dan onder deze tenzij? Wij denken hierbij aan informatie die (i) niet werkelijk of slechts indirect relevant is voor de beoordeling, (ii) zeer persoonlijk of precair van aard is, (iii) waarvan onwaarschijnlijk is dat deze in de onderliggende zaak zou zijn geopenbaard en/of (iv) waarvan openbaring het belang van de cliënt kenbaar schaadt terwijl dat niet (goed) gerechtvaardigd kan worden.

9. De tenzij nader uitgewerkt

De hiervoor genoemde factoren zijn elk op zich niet doorslaggevend,²⁴ zij moeten in onderlinge samenhang worden beschouwd.

Sub (i): de kenbare relevantie van de informatie voor de beoordeling

Hoe minder groot of duidelijk het belang van de informatie is voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidszaak, daaronder met name begrepen de beoordeling van de merites van de onderliggende zaak, des te meer terughoudendheid geldt bij het inroepen daarvan.²⁵ Een voorbeeld: de cliënt had eerder aan zijn advocaat laten weten dat hij twijfel had of een bepaalde werknemer een goede getuige zou vormen omdat deze werknemer onzeker kan overkomen. De relevantie van deze mededeling is betrekkelijk gering; de rechter in de beroepsaansprakelijkheidszaak kan de werknemer zelf als getuige horen en zich dan een eigen

oordeel vormen over de waarde van dit bewijsmiddel. Daarbij komt dat het gaat om een inschatting van de cliënt; hij weet in dit voorbeeld niet zeker of de werknemer uiteindelijk een goede getuige vormt.

Sub (ii): de aard van de informatie

Sommige informatie is erg persoonlijk of precair van aard, wat kan maken dat er meer terughoudendheid moet worden betracht bij het delen daarvan. Stel bijvoorbeeld dat een advocaat verzuimt om tijdig hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarin over het verlies van verdienvermogen van zijn cliënt is geoordeeld. Stel dat de cliënt eerder aan de advocaat had verteld dat hij in toenemende mate stress van zijn werk ondervond, zodat voor hem onzeker was of hij als hem geen ongeval was overkomen wel tot pensioenleeftijd had doorgewerkt.²⁶ Het gaat hier om persoonlijke, deels medische, informatie waarvan duidelijk is dat de cliënt die met de advocaat heeft gedeeld in het vertrouwen dat de advocaat die informatie niet zomaar met anderen zou delen. Dit verhindert niet categorisch dat deze informatie in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure wordt ingeroepen, maar meer terughoudendheid is hier wel op zijn plaats.²⁷ Als de informatie wordt ingeroepen, zal de rechter in de beroepsaansprakelijkheidszaak waarschijnlijk mede van belang vinden of die informatie ook in de onderliggende zaak aan de orde zou zijn gekomen, bijvoorbeeld in het kader van een deskundigenonderzoek.

Sub (iii): de waarschijnlijkheid dat de informatie hoe dan ook zou zijn geopenbaard

Als het onwaarschijnlijk is dat de oorspronkelijke wederpartij of rechter ooit naar een bepaald feit hadden gevraagd of gezocht en dat eveneens onwaarschijnlijk is dat dit feit anderszins geopenbaard was in de onderliggende procedure, zal de advocaat dit feit minder in de beroepsaansprakelijkheidszaak kunnen gebruiken. Denk aan het hiervoor gebruikte voorbeeld van de cliënt die jegens zijn advocaat twijfel uit over zijn vermogen om tot pensioenleeftijd te kunnen doorwerken, terwijl het medisch dossier en de voor de wederpartij raadpleegbare bronnen geen aanleiding voor twijfel op dat punt geven. Het ligt dan buiten de normale lijn der verwachtingen dat deze informatie aan de wederpartij of rechter in de onderliggende zaak ter ore was gekomen. Dat noopt tot meer terughoudendheid ten aanzien van het betrekken van deze informatie in de beroepsaansprakelijkheidszaak.

Sub (iv): de waarschijnlijkheid en gerechtvaardigheid van de belangenschending

Het is inherent aan de beroepsaansprakelijkheidsprocedure dat het belang van de advocaat tegengesteld is aan dat van zijn (voormalig) cliënt. In het *Baijings*-arrest wordt dit sub C onderkend en wordt juist expliciet toegelaten dat de advocaat zich tegen zijn (voormalig) cliënt keert. In de beroepsaansprakelijkheidsprocedure hoeft de advocaat het belang van zijn voormalig cliënt dus niet meer te behartigen. Dit belang mag hij echter niet nodeloos of onevenredig schaden. Het delen van informatie waarvan duidelijk is dat dit het belang van de cliënt kan schaden terwijl er geen objectieve rechtvaardiging voor die belangenschending te geven valt, zal minder snel aangewezen zijn. Gedacht kan worden aan 'met modder gooien'. Stel dat de advocaat die naliert om de verjaring van een vordering wegens non-conformiteit van een wasmachine te stuiten aan de beroepsaansprakelijkheidsrechter meldt dat zijn voormalig cliënt een uiterst onsympathieke persoon is die eerder veroordeeld is wegens mishandeling van zijn echtgenote. Deze informatie is irrelevant voor de vraag of de vordering op de verkoper van de wasmachine al dan niet was toegewezen. Het delen van deze informatie kan het belang van de cliënt wel (enigszins) schaden omdat niet valt uit te sluiten dat de rechter uit deze mededeling toch een bepaald beeld over de cliënt vormt dat bijvoorbeeld bij de waardering van zijn getuigenverklaring (onbewust) een rol kan

spelen. Een objectieve rechtvaardiging voor het delen van deze informatie met de beroepsaansprakelijkheidsrechter is ondertussen niet goed te geven. Dat zal maken dat het delen van deze informatie eerder als ontoelaatbaar moet worden aangemerkt.

10. Sanctie?

Wat nu als vastgesteld wordt dat de advocaat bepaalde informatie niet had mogen delen in de beroepsaansprakelijkheidszaak, maar hij dat toch heeft gedaan? Dit kan aanleiding geven tot een tuchtklacht tegen de advocaat,²⁸ maar dat is voor de beoordeling van de beroepsaansprakelijkheidszaak niet direct relevant. Hiervoor trokken wij al de vergelijking met het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs. In een verzekeringszaak uit 2014 werd geoordeeld dat een door een verzekeraar in strijd met de geldende gedragscode uitgevoerd persoonlijk onderzoek, niet tot bewijs kon dienen.²⁹ Het bewijsmiddel werd uitgesloten omdat het bewijs op onrechtmatige wijze was verkregen, waarbij zwaar woog dat een ernstige inbreuk was gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de wederpartij en de verzekeraar handelde in strijd met de gedragscode die juist beoogde om zo'n inbreuk te voorkomen. Uit dit arrest mag niet worden afgeleid dat alle bewijsmiddelen die op onrechtmatige wijze zijn verkregen buiten beschouwing moeten worden gelaten.³⁰ Daarnaast is in situaties die wij in dit artikel onderzoeken het bewijs als zodanig niet op onrechtmatige wijze verkregen. Ook gebruik van rechtmatig verkregen bewijs kan echter onder (bijzondere) omstandigheden ontoelaatbaar zijn.³¹ Wij achten denkbaar dat de beroepsaansprakelijkheidsrechter onder bijzondere omstandigheden informatie die de cliënt met de advocaat heeft gedeeld in het vertrouwen dat deze informatie geheim zou blijven, als bewijsmiddel buiten beschouwing laat. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een advocaat een cliënt zowel in een familierechtelijk geschil als in een huurzaak heeft bijgestaan en zich in het familierechtelijke dossier verklaringen bevinden van familieleden die stellen dat de cliënt afspraken met hen heeft geschonden. Stel nu dat de advocaat deze verklaringen overlegt in het beroepsaansprakelijkheidsgeschil naar aanleiding van het niet tijdig instellen van hoger beroep in de huurzaak, die draaide om de vraag of de verhuurder mondeling een huurkorting aan de cliënt (als huurder) had toegezegd. Het is denkbaar dat de rechter deze uit het familierechtelijke dossier afkomstige verklaringen – die mogelijk wat zeggen over de betrouwbaarheid van de verklaring van de cliënt over de huurkorting – in het beroepsaansprakelijkheidsgeschil buiten beschouwing laat, (mede) omdat onaannemelijk is dat de oorspronkelijke wederpartij (verhuurder) de beschikking had gekregen over deze verklaringen en het meewegen van deze verklaringen de familieverhoudingen verder onder druk kunnen zetten.

11. Afrondend

Als uitgangspunt mag de advocaat informatie die de cliënt eerder aan hem verstrekke in het kader van de behandeling van de onderliggende zaak in de beroepsaansprakelijkheidszaak tegen deze cliënt gebruiken, ook als de cliënt de informatie met hem deelde in het vertrouwen dat deze informatie geheim zou blijven. Dat geldt in ieder geval indien waarschijnlijk is dat deze informatie in de onderliggende procedure in het geding zou zijn gebracht (al dan niet op bevel van de rechter of vordering van de wederpartij). Maar ook als dat niet het geval is, staat het de advocaat in beginsel vrij de informatie in de beroepsaansprakelijkheidszaak met de rechter te delen, ook vanwege de waarheidsplicht die uit artikel 21 Rv voortvloeit en het uitgangspunt van de vrije bewijsleer. Er zal door de advocaat echter wel steeds een zorgvuldige afweging moeten plaatsvinden, omdat uitzonderingen op deze hoofdregel mogelijk zijn en de belangen van zijn voormalig cliënt niet onnodig of onevenredig mogen worden geschaad.

Noten

- ¹ HR 24 oktober 1997 (*Baijings*), [ECLI:NL:HR:1997:AM1905](#), NJ 1998/257 m.nt. P.A. Stein. De Baijings-norm is daarna veelvuldig herhaald, zie bijvoorbeeld HR 19 januari 2007 (*Kranendonk/maatschap A*), [ECLI:NL:HR:2007:AZ6541](#), NJ 2007/63; HR 16 februari 2007 (*Tuin Beheer*), [ECLI:NL:HR:2007:AZ0419](#), NJ 2007/257 m.nt. J.M.M. Maeijer; HR 11 december 2009 (*Velic/Lemmen*), [ECLI:NL:HR:2009:BK0859](#), NJ 2010/3 en HR 22 juni 2018 (*Dentons/X*), [ECLI:NL:HR:2018:981](#).
- ² Zie hierover voorafgaand aan het arrest I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 44 e.v. en J. Ekelmans, 'Beroepsaansprakelijkheid van advocaten', in: H. Bergman (red.), *Advocatendossier beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag: NOVA/SDU 1996, p. 4 e.v.
- ³ Dit betekent ook dat een (appel)advies dat de advocaat eerder gegeven heeft niet doorslaggevend is; bepalend is immers hoe in de onderliggende zaak beslist zou zijn, niet hoe de advocaat daar zelf eerder over dacht. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 2 oktober 2013, [ECLI:NL:RBAMS:2013:6594](#), «JA» 2013/177 m.nt. R.W.M. Giard.
- ⁴ Zie hierover nader: E.A.L. van Emden en M. De Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 6.7.
- ⁵ HR 21 december 2012 (*Deloitte/HH*), [ECLI:NL:HR:2012:BX7491](#), NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh.
- ⁶ HR 22 februari 2019, [ECLI:NL:HR:2019:272](#), NJ 2020/81 m.nt. A.I.M. van Mierlo.
- ⁷ HR 9 november 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BX0737](#), NJ 2014/840 m.nt. W.D.H. Asser.
- ⁸ Artikel 11a Advocatenwet, zie ook artikel 3 gedragsregels advocatuur.
- ⁹ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*GS Burgerlijke Rechtsvordering*), aant. 1 bij art. 21 Rv.
- ¹⁰ Een aanvankelijk wetsvoorstel tot aanscherping van artikel 21 Rv op dit vlak is niet doorgevoerd, zie *Kamerstukken II* 2023/24, 35498, nr. 15, p. 1 en nr. 35, item 11, p. 1.
- ¹¹ Per 1 januari 2025 zijn een aantal wijzigingen doorgevoerd in Rv (Wet vereenvoudiging en modernisering bewijsrecht). Met deze wijzigingen is onder meer beoogd om het inzagerecht uit te bereiden en de rechter een (nog) actievere rol te geven, zodat relevante informatie sneller en uitvoeriger op tafel komt.
- ¹² Daarbij menen wij dat als in geval van een 'gemist appel' een dergelijk bevel of vordering in eerste aanleg niet aan de orde was, daarmee nog niet is gezegd dat daar in appel niet alsnog een beroep op zou zijn gedaan en de gegevens dan dus niet alsnog in het geding zouden (moeten) zijn gebracht. Het hoger beroep beoogt een integrale herkansing te bieden en in de praktijk worden in appel dan ook met grote regelmaat nog aanvullende gegevens en feiten naar voren gebracht, zowel uit eigen beweging van partijen als na bevel daartoe of een bewijsopdracht.
- ¹³ Dit kan onder meer anders liggen als de fout van de advocaat ziet op het laten verstrijken van de termijn voor het instellen van cassatie. In cassatie kan in beginsel geen beroep meer gedaan worden op nieuwe feiten of stukken (feitelijke nova) en dat beperkt de ruimte voor de advocaat om daar in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure alsnog een beroep op te doen althans de ruimte voor de rechter om die informatie/stukken in de beroepsaansprakelijkheidszaak mee te wegen in zijn oordeel.

¹⁴ Voorheen artikel 843a Rv.

¹⁵ Vgl. artikel 152 Rv.

¹⁶ HR 7 februari 1992 (*Slemkes/Nool*), [ECLI:NL:HR:1992:ZC0500](#), NJ 1993/78 en HR 12 februari 1993 (*W/Spijkenisse*), [ECLI:NL:HR:1993:ZC0860](#), NJ 1993/599. Zie bijvoorbeeld ook HR 18 april 2014 (*Achmea/Rijnberg*), [ECLI:NL:HR:2014:942](#), NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans.

¹⁷ Asser Procesrecht 3 (2020), nr. 143 e.v.

¹⁸ Vgl. HR 11 september 1998, [ECLI:NL:HR:1998:ZC2701](#), NJ 1999/665 m.nt. M.M. Mendel.

¹⁹ Te kennen uit HvD 25 mei 2018, [ECLI:NL:TAHVD:2018:101](#), r.o. 5.2.

²⁰ Vgl. E.A.L. van Emden en M. De Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 12.2.

²¹ HvD 25 mei 2018, [ECLI:NL:TAHVD:2018:101](#), r.o. 5.4 en 5.7.

²² Vgl. A-G Van Peursem 9 mei 2025, [ECLI:NL:PHR:2025:516](#), onder 4.8 en de aldaar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

²³ Voor de volledigheid: ook het bestaan van een wettelijke geheimhoudingsplicht kan een uitzondering op een openbaringsplicht meebrengen, maar zoals hiervoor toegelicht, heeft de geheimhoudingsplicht externe, maar geen interne, werking en vormt die in beroepsaansprakelijkheidszaken ten opzichte van de (voormalig) cliënt dus geen absolute belemmering voor openbaring van door de cliënt aan de advocaat toevertrouwde informatie.

²⁴ Deze factoren zijn natuurlijk ook niet limitatief; het is goed denkbaar dat ook andere factoren in voorkomend geval meewegen, maar de hier genoemde factoren vinden wij in elk geval steeds van betekenis.

²⁵ Vgl. Raad van Discipline 's-Gravenhage 19 februari 2024, [ECLI:NL:TADRSGR:2024:31](#), r.o. 5.8.

²⁶ We veronderstellen in dit voorbeeld dat deze informatie niet was opgenomen in het medisch dossier van de cliënt, bijvoorbeeld omdat hij te dezer zake nog geen arts had bezocht.

²⁷ Vgl. Hof van Discipline 25 mei 2018, [ECLI:NL:TAHVD:2018:101](#).

²⁸ Schending van gedragsregel 3 is niet automatisch tuchtrechtelijk laakbaar omdat in het tuchtrecht wordt getoetst aan de open norm uit artikel 46 Advocatenwet en niet direct aan de gedragsregels. De gedragsregels geven echter invulling aan de norm uit artikel 46 Advocatenwet zodat schending van de norm die is gecodificeerd in gedragsregel 3 onder omstandigheden tuchtrechtelijk laakbaar kan zijn.

²⁹ HR 18 april 2014 (*Achmea/Rijnberg*), [ECLI:NL:HR:2014:942](#), NJ 2015/20 m.nt. M.M. Mendel en H.B. Krans.

³⁰ Vgl. H.B. Krans in zijn noot in NJ 2015/20 sub 4 en 6. Zie ook HR 26 april 2001 (*L/Wennekes*), [ECLI:NL:HR:2001:AB1347](#), NJ 2001/421 m.nt. P. Stein waarin bewijs dat was verkregen door een inbreuk op het privacybelang van werknemers te maken, wel werd meegewogen.

³¹ Vgl. HR 22 januari 1999, [ECLI:NL:HR:1999:ZC2831](#), NJ 1999/715 m.nt. H.J. Snijders.

Keywords

Aansprakelijkheidsrecht
Baijings-arrest
Beroepsaansprakelijkheid
Geheimhoudingsplicht
Trail within a trial
Waarheidsplicht

Auteur(s)

Elisabeth van Emden

Advocate bij [NN Advocaten](#) te Den Haag en fellow aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen

Marcella de Haan

Advocaat-partner bij Ekelmans Advocaten

[LinkedIn](#)