

Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van de financiële toezichthouder

Inleiding

Toezichthouders hebben de plicht om gegevens van onder toezicht staande instellingen, verkregen op basis van de toezichtwetgeving, geheim te houden. De vraag is wat de omvang is van deze geheimhoudingsplicht en of een medewerker van een toezichthouder de mogelijkheid heeft zich te verschonen indien hij in een civiele procedure als getuige wordt opgeroepen. Meer specifiek is van belang of de medewerker van een toezichthouder zich ook kan verschonen indien de verlangde informatie geen betrekking heeft op vertrouwelijke informatie van de onder toezicht staande instelling, maar ziet op het handelen van de toezichthouder zelf. Deze laatste vraag heeft de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 16 maart 2006 beantwoord.¹ Deze uitspraak heeft betrekking op functionarissen van De Nederlandsche Bank N.V. (hierna: DNB) als toezichthouders onder de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk 1992). Deze bijdrage betreft daarom met name deze toezichthouder en deze wet. Dat neemt echter niet weg dat het volgende ook van toepassing zal kunnen zijn op het optreden van medewerkers van een toezichthouder onder andere financiële toezichtswetten, omdat de wettelijke bepalingen uit deze toezichtswetten (art. 31 lid 2 Wet toezicht effectenverkeer 1995, art. 24 lid 2 Wet toezicht beleggingsinstellingen en art. 182 Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993) in grote lijnen overeenstemmen met artikel 64 lid 2 Wtk 1992.

Casus

In april 2003 hebben de aandeelhouders van de onder toezicht staande kredietinstelling Veer Palthe Voûte N.V. (hierna: VPV) na een door DNB op grond van artikel 14 Wtk 1992 opgelegde aanwijzing twee bestuurders van VPV naar huis gestuurd. In dat kader zijn ook de arbeidscontracten van beide bestuurders met onmiddellijke ingang beëindigd wegens dringende redenen. De aanwijzing van DNB was gebaseerd op haar oordeel dat de betrouwbaarheid van de bestuurders niet langer buiten twijfel stond wegens verdediging van – kort gezegd – handelen met voorwetenschap.

De oud-bestuurders stellen dat de aanwijzingsbevoegdheid van DNB op grond van de Wtk 1992 beperkt is tot hun positie als statutair bestuurder van VPV en zich niet uitstrekt tot de arbeidsrechtelijke relatie met de vennootschap. Zij vragen zich af of DNB onrechtmatig heeft gehandeld door desalniettemin druk op (de aandeelhouders van) VPV uit te oefenen om de arbeidsrechtelijke relatie te beëindigen. Om dit te onderzoeken hebben de oud-bestuurders een functionaris van DNB die destijds als divisiedirecteur van DNB

betrokken was bij het opleggen van de aanwijzing aan VPV, als getuige opgeroepen en een vragenlijst voorgelegd. De in deze vragenlijst opgenomen vragen hebben betrekking op de contacten tussen DNB en VPV.

De functionaris van DNB heeft, onder verwijzing naar de geheimhoudingsplicht zoals opgenomen in artikel 64 Wtk 1992, gesteld dat hij geen antwoord op de vragen hoeft te geven. Hij stelt dat de contacten tussen DNB en VPV vertrouwelijk zijn en dat geheimhouding van deze informatie nodig is om een effectief en goed toezicht te bewerkstelligen. De functionaris is van mening dat de gevraagde informatie onder zijn geheimhoudingsplicht valt en dat hij zich met succes kan beroepen op zijn verschoningsrecht. In de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam staat de vraag centraal of de gevraagde informatie onder de geheimhoudingsplicht valt en of de divisiedirecteur van DNB een beroep op het verschoningsrecht toekomt.

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht

De hoofdregel is dat eenieder die in civiele zaken voor de rechter wordt opgeroepen om te getuigen, een getuigenis af moet leggen (art. 165 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv)), tenzij hij zich kan beroepen op het in het tweede of derde lid genoemde verschoningsrecht. Ingevolge artikel 165 lid 2 onder b Rv kunnen 'zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd', zich verschonen. Het betreft hier het zogenoemde functioneel verschoningsrecht. Van belang is hierbij dat slechts diegene die een wettelijke geheimhoudingsplicht hebben, zich kunnen verschonen. Derhalve dient eerst te worden vastgesteld of een functionaris van een toezichthouder wel een geheimhoudingsplicht heeft en wat de omvang van deze geheimhoudingsplicht is.

De geheimhoudingsplicht van DNB en de bij haar werkzame personen is te vinden in artikel 64 Wtk 1992:

- '1. Gegevens en inlichtingen die ingevolge het bij of krachtens deze wet bepaalde omtrent afzonderlijke ondernemingen of instellingen zijn verstrekt of verkregen (...) zijn geheim.
2. Het is aan een ieder die uit hoofde van de toepassing van deze wet of krachtens de wet genomen besluiten enige taak vervult, verboden van gegevens of inlichtingen ingevolge deze wet verstrekt (...) of van gegevens of inlichtingen bij het onderzoek van zakelijke gegevens en bescheiden verkregen, verder of anders gebruik te maken of daaraan verder of anders bekendheid te geven dan voor de uitoefening van zijn taak of door deze wet wordt geëist.'

Het derde lid van artikel 64 Wtk 1992 bepaalt dat geen beroep op het verschoningsrecht kan worden gedaan indien een getuigenis van een functionaris van DNB wordt verzocht in verband met een strafrechtelijke procedure. Daar-

1. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, JOR 2006, 107.

Vennootschap & Onderneming

naast komt, ingevolge het vierde lid, een functionaris van DNB ook geen beroep op het verschoningsrecht toe indien hem in een burgerlijke zaak om gegevens of inlichtingen wordt verzocht ten aanzien van een kredietinstelling die failliet is verklaard of op grond van een rechterlijke uitspraak is ontbonden, behalve voorzover de gegevens of inlichtingen betrekking hebben op ondernemingen of instellingen die betrokken zijn geweest bij een poging de desbetreffende kredietinstelling te redden.

In de memorie van toelichting op de Wtk 1992 (hierna: de MvT) is het volgende opgenomen inzake de geheimhoudingsplicht:

‘Naast het belang van het adequaat uitoefenen van toezicht moet worden gewezen op het belang van de onder toezicht staande instellingen bij geheimhouding van de op hun onderneming betrekking hebbende gegevens die in het bezit zijn van de toezichthouders. Het gaat hierbij om vitale gegevens die hun weerslag kunnen hebben op de concurrentiepositie van die instellingen, doch vooral ook op het vertrouwen van crediteuren (...) en van financiële markten. Van de instellingen wordt verwacht dat zij zo volledig mogelijk opening van zaken geven tegenover de toezichthouders. Hunnerzijds moeten de instellingen erop kunnen vertrouwen dat de desbetreffende gegevens niet in de openbaarheid komen.’²

Indien een functionaris van een toezichthouder in een bepaalde situatie een geheimhoudingsplicht heeft, moet worden beoordeeld of deze persoon zich in deze situatie ook kan verschonen. De Hoge Raad heeft in 1986 uitgesproken dat functionarissen van DNB in burgerlijke zaken, in tegenstelling tot de zogenoemde ‘klassieke geheimhouders’, zoals de arts, geestelijke, advocaat en notaris, geen verschoningsrecht in de algemene zin toekomt. Ook advocaat-generaal Biegman-Hartogh is, met verwijzing naar een arrest inzake een algemeen verschoningsrecht voor notarissen,³ van mening dat een functionaris van DNB niet tot de groep van klassieke geheimhouders kan worden gerekend, omdat ‘zijn functie (...) in de eerste plaats [niet is] gericht op het geven van bijstand en advies aan kredietinstellingen, maar op toezicht en controle, en dit niet alleen in het belang van die kredietinstelling zelf, maar vooral in het belang van een gezond en goed functionerend bankwezen in het algemeen, en ter bescherming van hen die aan genoemde instellingen gelden hebben toevertrouwd’.⁴

In voornoemd arrest uit 1986 heeft de Hoge Raad bepaald dat voor het aannemen van een verschoningsrecht in burgerlijke zaken voor functionarissen van DNB weliswaar een geheimhoudingsplicht bestaat, maar dat het bestaan van

een dergelijke plicht niet direct een verschoningsrecht voor de betrokken functionaris met zich brengt.⁵ Wel heeft de Hoge Raad, naar aanleiding van de beantwoording van prejudiciële vragen door het Europese Hof van Justitie, bepaald dat er (afhankelijk van de omstandigheden) plaats kan zijn voor het toekennen van een beperkt verschoningsrecht. De Hoge Raad overwoog daarbij dat de rechter aan de hand van de afweging van de betrokken belangen van vraag tot vraag moet beoordelen of een getuige een verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad noemt hierbij het belang van de waarheidsvinding ten opzichte van het belang van handhaving van de vertrouwelijkheid van bepaalde inlichtingen.⁶ Daarnaast merkt de Hoge Raad op dat ‘de omstandigheid dat toekenning van een verschoningsrecht met betrekking tot een bepaalde vraag het vaststellen van de feiten bemoeilijkt die betrekking hebben op de juiste uitoefening van de (vertrouwens-)functie zelf, zal moeten meewegen bij zijn beslissing’.⁷

Het staat dus ter beoordeling van de rechter of een functionaris van een toezichthouder een beroep kan doen op het verschoningsrecht. Dit dient de rechter bij iedere vraag opnieuw te beoordelen, waarbij hij telkens de hiervoor genoemde belangenafweging dient te maken. Deze belangenafweging en motivering van de Hoge Raad zijn door de wetgever overgenomen in de MvT.⁸

In zijn arrest van 22 december 1989 heeft de Hoge Raad zijn standpunt herhaald en daarbij tevens opgemerkt dat ‘het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, zwaarwegend is’.⁹ In deze zaak wenste de voormalige ABN door middel van een voorlopig getuigenverhoor gegevens te verkrijgen voor een schadevergoedingsprocedure tegen de Staat. De Hoge Raad heeft in zijn beslissing mede van belang geacht het feit dat het een procedure tegen de Staat zelf betrof. De Hoge Raad oordeelde dat ‘mede van gewicht is dat aanvaarding van een verschoningsrecht ten gunste van de Staat in een zaak waarin de wederpartij de Staat uit onrechtmatige daad wil aanspreken, de aan de wederpartij toekomende rechtsbescherming aantast’.¹⁰

Uit de hiervoor genoemde arresten en de wetgeschiedenis van de Wtk 1992 kan worden geconcludeerd dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Aan een medewerker van een toezichthouder zal enkel een verschoningsrecht toekomen indien hij een geheimhoudingsplicht heeft. Heeft de desbetreffende functionaris een geheimhoudingsplicht, dan dient de rechter per geval c.q. per individuele vraag te beoordelen

2. Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 3, p. 64.
3. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, r.o. 3.1.
4. HR 22 juli 1986, NJ 1986, 823, onder 5.

5. HR 13 april 1984, NJ 1986, 822, r.o. 3.5.
6. HR 22 juli 1986, NJ 1986, 823, r.o. 3.1-3.3.
7. HR 22 juli 1986, NJ 1986, 823, r.o. 3.5.
8. Kamerstukken II 1991/92, 22 665, nr. 3, p. 67.
9. HR 22 december 1989, NJ 1990, 779 m.nt. JBMV, r.o. 3.7.
10. HR 22 december 1989, NJ 1990, 779 m.nt. JBMV, r.o. 3.8.

of deze functionaris zich kan verschonen. Daarbij dient de rechter de betrokken belangen tegen elkaar af te wegen, waarbij aan het belang van waarheidsvinding grote waarde moet worden toegekend. De rechter zal niet snel een verschoningsrecht aan de toezichthouder mogen toekennen indien de gevraagde informatie betrekking heeft op het functioneren van de toezichthouder zelf.

Uitspraak Rechtbank Amsterdam

Keren we terug naar de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van maart 2006. De rechtbank onderzoekt eerst of sprake is van een geheimhoudingsplicht. De betrokken DNB-functionaris stelt dat, nu VPV geen gefailleerde onderneming is en de informatie niet wordt verzocht in een strafprocedure, de verzochte informatie onder zijn geheimhoudingsplicht valt en hij zich derhalve op zijn verschoningsrecht kan beroepen. De twee ontslagen VPV-bestuurders stellen echter dat de gevraagde informatie enkel betrekking heeft op de contacten tussen VPV en DNB. Zij wilden onderzoeken of DNB buiten haar wettelijke bevoegdheden (en dus onrechtmatig) heeft gehandeld door de aandeelhouders van VPV te bewegen de arbeidsrechtelijke relatie met hen te beëindigen. De rechtbank stelt, met verwijzing naar de hiervoor genoemde MvT, het volgende:

‘(...) de ratio van de geheimhoudingsplicht [is] primair gelegen in het belang van het adequaat uitoefenen van toezicht. Van de onder toezicht staande instellingen wordt namelijk verwacht dat zij zo volledig mogelijk opening van zaken geven tegenover de toezichthouders. Hunnerzijds moeten de instellingen er dan op kunnen vertrouwen dat de desbetreffende gegevens niet in de openbaarheid komen. Dit vertrouwen is van essentieel belang voor een goed toezicht en heeft derhalve verder reikende implicaties dan uitsluitend het belang van de kredietinstelling zelf.’¹¹

Uiteindelijk komt de rechtbank niet toe aan de belangenafweging. De rechtbank concludeert namelijk dat de door verzoekers gevraagde informatie niet ziet op gegevens of inlichtingen die aan DNB zijn toevertrouwd of die DNB heeft verkregen in het kader van haar toezichthoudende taak, maar betrekking heeft op feiten waaruit zou kunnen blijken dat DNB, naast de opgelegde aanwijzing om verzoekers uit hun bestuursfunctie te ontheffen, ook invloed heeft uitgeoefend om de oud-bestuurders als werknemers te ontslaan. De rechtbank oordeelt dat, nu de gevraagde informatie niet in een zodanig verband staat met de toezichthoudende taak van DNB en gelet op de ratio van de geheimhoudingsplicht, de gevraagde informatie niet onder de geheimhoudingsplicht valt en de desbetreffende functionaris van DNB derhalve geen verschoningsrecht toekomt.

Conclusie

Om te beoordelen of een in een civiele procedure als getuige opgeroepen functionaris van een toezichthouder zich voor het beantwoorden van vragen kan verschonen, heeft de Hoge Raad bepaald dat eerst dient te worden beoordeeld of de desbetreffende functionaris een geheimhoudingsplicht heeft. Indien de gevraagde gegevens of inlichtingen onder de geheimhoudingsplicht vallen, zal de rechter bij zijn beoordeling of de desbetreffende functionaris een verschoningsrecht toekomt, een belangafweging dienen te maken, waarbij het belang van de waarheidsvinding moet worden afgewogen tegen het vertrouwen van de onder toezicht staande instelling dat informatie over haar onderneming voor derden geheim blijft.

De Hoge Raad heeft zich al diverse keren gebogen over de vraag of een functionaris van een toezichthouder een verschoningsrecht heeft. In die uitspraken viel de gevraagde informatie onder de geheimhoudingsplicht van de onderhavige functionaris. De Rechtbank Amsterdam heeft zich nu echter over de vraag gebogen of de gevraagde informatie wel onder de geheimhoudingsplicht valt. De rechtbank oordeelde dat, nu de gevraagde informatie ziet op het functioneren van de toezichthouder en derhalve geen betrekking heeft op vertrouwelijke informatie van de (onder toezicht staande) instelling zelf, de desbetreffende functionaris ten aanzien van deze informatie geen geheimhoudingsplicht heeft. Nu de functionaris ten aanzien van de verzochte informatie geen geheimhoudingsplicht heeft, komt de rechtbank ook niet toe aan de vraag of deze functionaris een verschoningsrecht heeft. Met andere woorden, vragen die zien op de handelswijze van de toezichthouder, vallen niet onder de geheimhoudingsplicht, en een functionaris van een toezichthouder die in een civiele procedure wordt verzocht dergelijke vragen te beantwoorden, kan zich hiervan niet verschonen.

*Mr. S.A. Veerman
Loyens & Loeff*

11. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, JOR 2006, 107, r.o. 7.