

Erosie van het verschoningsrecht van de advocaat in het effectenrecht

Mr. J. S. Kalisvaart *

Inleiding

In deze bijdrage volgt een bespreking van de reikwijdte van de inlichtingenbevoegdheid van toezichthouders ingevolge de Wet op het financieel toezicht (Wft) in relatie tot het verschoningsrecht van de advocaat. Daarbij zal aandacht worden besteed aan de grondslag van het verschoningsrecht van de advocaat, waarna aan de hand van relevante jurisprudentie, de parlementaire geschiedenis en regelgeving een oordeel zal worden gevormd omtrent de vraag of de inlichtingenbevoegdheid van de toezichthouders al dan niet tot erosie van het verschoningsrecht leidt. In het verlengde van het voorgaande zal, aan de hand van het arrest van de Hoge Raad¹ stil worden gestaan bij het tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur behorende beginsel van *fair play*.

Een van de voornaamste bevoegdheden van een toezichthouder in het kader van financieel-economisch toezicht is de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen en inzage van zakelijke gegevens en bescheiden. In het kader van het prudentieel toezicht op financiële instellingen ligt deze bevoegdheid bij De Nederlandse Bank (DNB). Voor het gedragtoezicht, dat is gericht op ordelijke en transparante marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten, ligt deze bevoegdheid bij de stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM). Daarnaast is in artikel 1:72 Wft bepaald dat het toezicht krachtens de Wft wordt uitgevoerd door daartoe door de toezichthouder aangewezen personen. Als gevolg van deze aanwijzing worden de betrokken, bij de toezichthouder in dienst zijnde, natuurlijke personen toezichthouder in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb; zie art. 5:11 Awb). Deze natuurlijke personen zijn met de daadwerkelijke uitvoering van het toezicht belast en hun komen onder bepaalde voorwaarden de toezichtsbevoegdheden toe als genoemd in afdeling 5.2 van de Awb (zie art. 1:73 Wft en art. 5:18 en 5:19 Awb). De met toezicht belaste personen zijn – onder meer – bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb en art. 1:73 Wft). Hoewel de basis van de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen door een toezichthouder is neergelegd in de Awb, en wel in artikel 5:16, is deze bevoegdheid voor de AFM en DNB nader uitgewerkt in de Wft, namelijk in artikel 1:74. Deze separate bepaling, op grond waarvan de

inlichtingenbevoegdheid aan de AFM en DNB wordt toegekend, was noodzakelijk aangezien ingevolge de Awb enkel natuurlijke personen met een toezichthoudende taak kunnen worden belast. Voorts zijn in artikel 1:74 lid 2 Wft het redelijkheidsvereiste ex artikel 5:13 Awb en de medewerkingsplicht ex artikel 5:20 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard.

De bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen is aan DNB en de AFM toegekend om ervoor te zorgen dat de toezichthouder als bestuursorgaan steeds inlichtingen van eenieder kan vragen, indien dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor het toezicht op de naleving van de Wft en de daarop gebaseerde lagere regelgeving.² De vraag is of de inlichtingenbevoegdheid zo ver strekt dat een toezichthouder en de door hem aangewezen personen in het kader van de uitoefening van hun taak gebruik mogen maken van vertrouwelijke correspondentie en stukken tussen de onder toezicht staande instelling en haar advocaat. In de praktijk komt het voor dat toezichthouders nalaten het verschoningsrecht van de advocaat voldoende te eerbiedigen wanneer zij op grond van hun inlichtingenbevoegdheid toegang verkrijgen tot vertrouwelijke correspondentie van de onder toezicht staande instelling met haar advocaat.

Het verschoningsrecht van de advocaat

Het verschoningsrecht van advocaten is niet in de wet vastgelegd.³ Toch wordt algemeen aangenomen dat advocaten behoren tot de beperkte groep personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in de hoedanigheid van advocaat wordt toevertrouwd en aan wie in verband daarmee dus het recht toekomt zich in dit kader te verschonen.⁴ De grondslag van dit verschoningsrecht moet volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad worden gezocht in het rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor

* Mr. J.S. Kalisvaart is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. HR 23 september 2005, BNB 2006, 21 m.nt. De Bont.

2. Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 45.

3. F.A.W. Bannier e.a., *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 11.

4. HR 22 juni 1984, NJ 1985, 188.

openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.⁵

Bij een bespreking van het verschoningsrecht van de advocaat is voorts van belang dat de Awb bepaalt dat zij, die uit hoofde van hun ambt of beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, niet verplicht zijn medewerking aan een toezichthouder te verlenen, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit (art. 5:20 lid 2 Awb). Deze uitzondering op de medewerkingsplicht zal de advocaat van de onder toezicht staande instelling in ieder geval van dienst zijn indien een toezichthouder bij hem aanklopt in het kader van zijn inlichtingenbevoegdheid. De praktijk leert echter, dat de toezichthouder zich niet vaak tot de advocaat wendt, maar juist veeleer via diens cliënt – de onder toezicht staande instelling – toegang verkrijgt tot vertrouwelijke correspondentie tussen de advocaat en diens cliënt. De vraag is of de advocaat in dat geval ook via de Wft een beroep kan doen op de hierboven genoemde uitzondering op de medewerkingsplicht.

Parlementaire geschiedenis Wft

In de Awb noch in de Wft is bepaald dat het verschoningsrecht van advocaten zich uitstrekt tot documenten die zich bij cliënten bevinden. Men kan zich dus de vraag stellen of het verschoningsrecht als gevolg hiervan niet wordt uitgehold. In de Tweede Kamer werd de minister van Financiën dan ook de vraag voorgehouden of in dit kader in strijd werd gehandeld met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁶ (hierna: Hof van Justitie), waarbij bovendien werd opgemerkt dat de Wft hiermee uit de pas loopt met andere toezichtswetgeving, zoals de Mededingingswet (Mw).⁷

De minister van Financiën antwoordde naar aanleiding van de Kamervragen als volgt:

‘Los van de vraag of regeling in de Awb wenselijk is – deze beslissing is aan de Awb-wetgever – is dit [lees: het opnemen van een regeling ter waarborging van het verschoningsrecht van advocaten met betrekking tot documenten die zich bij cliënten bevinden; JSK] niet noodzakelijk omdat uit bestendige jurisprudentie blijkt dat documenten die zich bij cliënten bevinden en ten aanzien waarvan advocaten zich op hun verschoningsrecht kunnen beroepen, onder het zogenaamde afgeleide verschoningsrecht vallen. Dit betekent dat een financiële onderneming niet gehouden kan worden die stukken aan de toezichthouders te verstrekken die de advocaat weigert te verstrekken met een succesvol beroep op zijn verschoningsrecht. Financiële

ondernemingen kunnen zich dus verzetten tegen informatieverzoeken van financiële toezichthouders die strijdig geacht kunnen worden met het (afgeleide) verschoningsrecht zoals ontwikkeld in de nationale jurisprudentie. Het verschoningsrecht wordt dus niet door Wft uitgehold, noch is de Wft in strijd met het arrest van het hof van Justitie van de EG (HvJ EG, zaak 155/79, JUR 1982, p. 1575). De Wft loopt daarmee dus niet uit de pas met de Mededingingswet.’

Bij het antwoord van de minister is een aantal kanttekeningen te plaatsen. Allereerst houdt het afgeleide verschoningsrecht, anders dan de minister abusievelijk stelt, in dat slechts het personeel van de advocaat en door hem ingeschakelde deskundigen een van de verschoningsgerechtigde afgeleid verschoningsrecht toekomt.⁸ Deze uitbreiding van het verschoningsrecht is om praktische redenen noodzakelijk, aangezien het recht en de plicht van de advocaat tot geheimhouding anders voor een belangrijk gedeelte illusoir zouden worden.

Een juiste lezing van de relevante jurisprudentie van de Hoge Raad leert dat van de inhoud van de tussen een advocaat en zijn cliënten gewisselde correspondentie, die bij een van zijn cliënten is aangetroffen en betrekking heeft op een aangelegenheid in verband waarmee de advocaat in zijn hoedanigheid is geraadpleegd, niet zonder toestemming van de advocaat mag worden kennisgenomen door justitiële autoriteiten.⁹ In geval van inbeslagneming zal die correspondentie dan ook moeten worden teruggegeven op verzoek van de advocaat, aldus dezelfde jurisprudentie. Hierbij mag door de justitiële autoriteiten worden getoetst of bepaalde brieven het karakter hebben van vorenbedoelde correspondentie. Daarnaast blijkt eveneens uit vaste jurisprudentie dat de bevoegdheid tot verschoning meebrengt dat het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken in beginsel toekomt aan de tot verschoning bevoegde persoon.¹⁰

Vervolgens verdient vermelding dat in het door de Kamerleden aangehaalde arrest van het Hof van Justitie is geoordeeld dat uit het beginsel van vertrouwelijkheid, zoals neergelegd in Europese mededingingsregelgeving, voortvloeit dat correspondentie en adviezen tussen een advocaat en zijn cliënt, voor zover zij betrekking hebben op het voorwerp van een verificatieonderzoek door de Commissie van de Europese Gemeenschappen op grond van dezelfde Europese mededingingsregelgeving, behoren tot de categorie beschermde documenten. Dit geldt ongeacht of de stukken zich bij de advocaat of bij de cliënt bevinden. Voorts blijkt uit de wetsgeschiedenis van de Mw dat de wetgever het wenselijk achtte de geheimhoudingsplicht in het wetsvoorstel uit te breiden met het oog op aansluiting

5. HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (Notaris Maas-arrest), HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273 en HR 24 januari 2006, NJ 2006, 109. Het verdient hier vermelding dat het verschoningsrecht voor advocaten die in loondienst zijn bij een onderneming (zogenoemde ‘Cohen-advocaten’) is ingeperkt als gevolg van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 september 2010 (HvJ EU 14 september 2010, zaak C-550/07 P).

6. HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, Jur. 1982, p. 1575.

7. Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 32, p. 42.

8. Zie ook HR 29 maart 1994, NJ 1994, 552.

9. HR 23 september 2005, LJN AR6468 en HR 19 november 1985, NJ 1986, 533.

10. HR 30 november 1999, NJ 2002, 438 en HR 24 januari 2006, NJ 2006, 109.

bij het arrest van het Hof van Justitie.¹¹ Dit heeft erin geresulteerd dat in de Mw een uitzondering op de bevoegdheid tot het vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden is opgenomen, zodat die bevoegdheid niet van toepassing is op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, uitgewisseld tussen een onderneming en een advocaat, die zich bij de onderneming bevinden, maar waarop, indien zij zich zouden bevinden bij de advocaat, het verschoningsrecht van artikel 5:20 lid 2 Awb van toepassing zou zijn (art. 51 Mw).

Het is – gelet op het voorgaande – de vraag of de minister van Financiën het in zijn antwoord op de Kamervragen bij het rechte eind had of dat wel degelijk sprake is van uitholling van het verschoningsrecht. Alvorens deze vraag te beantwoorden zal eerst artikel 51 Mw nader tegen het licht worden gehouden.

Een uitstap naar de Mededingingswet

Ingevolge artikel 51 Mw is de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) niet bevoegd inzage te vorderen en kopieën te maken van correspondentie en andere geschriften die, als zij bij een advocaat waren gevonden, onder zijn verschoningsrecht zouden vallen. Daarnaast is de NMa niet bevoegd deze stukken mee te nemen.¹² De aan de NMa opgelegde beperkingen hebben tot gevolg dat, zelfs indien een verschoningsgerechtigde advocaat géén beroep doet op zijn verschoningsrecht (bijvoorbeeld omdat hij geen weet heeft van de inval van de NMa bij zijn cliënt), de NMa onder meer correspondentie tussen de advocaat en zijn cliënt niet mag meenemen. Nu de Wft niet een met artikel 51 Mw vergelijkbare bepaling bevat, dienen we terug te vallen op de in dit kader relevante jurisprudentie.

Hoewel op grond van vaste jurisprudentie van de Hoge Raad van de inhoud van de tussen een advocaat en zijn cliënten gewisselde correspondentie, die bij een van zijn cliënten is aangetroffen, niet zonder toestemming van de advocaat mag worden kennisgenomen door justitiële autoriteiten, verzet deze jurisprudentie zich er niet tegen dat justitiële autoriteiten (in onderhavig geval de AFM of DNB) deze correspondentie, tezamen met de overige bij de onder toezicht staande instelling aangetroffen relevante stukken, meenemen. Integendeel, uit de jurisprudentie blijkt dat in geval van inbeslagneming de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënten slechts op verzoek van de advocaat behoeft te worden teruggegeven.

De praktijk leert dat een advocaat vaak pas op de hoogte wordt gebracht door zijn cliënt nadat een toezichthouder reeds inzage in de bescheiden heeft gevorderd. Het leed is dan vaak al geschied, aangezien de toezichthouder zich dan al inzicht heeft kunnen verschaffen in het gehele dossier, inclusief de correspondentie tussen de advocaat en zijn cliënt. Het in de Wft opnemen van een bepaling overeenkomstig artikel 51 Mw kan dit mijns inziens voorkomen, gelet op het feit dat

het ingevolge dit artikel de toezichthouder niet is toegestaan inzage te vorderen en kopieën te maken van correspondentie en andere geschriften dan wel deze geschriften mee te nemen. In dat geval hoeft, als gevolg van deze bepaling, de advocaat dus in beginsel geen beroep te doen op zijn verschoningsrecht. Vanuit praktisch oogpunt is in dit kader overigens wel van belang dat de cliënt een duidelijke en voor eenieder kenbare scheiding aanbrengt tussen de met zijn advocaat gewisselde correspondentie en het overige gedeelte van een dossier. Het is aan de advocaat om zijn cliënt hierop te wijzen.

Het *fair play*-beginsel

Gezien het feit dat de Wft niet een met artikel 51 Mw vergelijkbare bepaling bevat en ook de hiervoor aangehaalde vaste jurisprudentie met betrekking tot het verschoningsrecht onvoldoende uitkomst biedt indien een toezichthouder onder de Wft gebruik maakt van de bevoegdheid inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden kan, met behulp van een arrest van de Hoge Raad uit 2005,¹³ wellicht worden teruggevallen op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en dan in het bijzonder het *fair play*-beginsel.

In deze uitspraak overweegt de Hoge Raad dat het tot de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te rekenen beginsel van *fair play* zich ertegen verzet dat een inspecteur van de Belastingdienst van zijn inlichtingenbevoegdheid gebruik maakt om kennis te krijgen van rapporten en andere geschriften van derden voor zover zij ten doel hebben de fiscale positie van de belastingplichtige te belichten of hem daaromtrent te adviseren. Dat geldt ook voor onderdelen van die geschriften die met dat doel gegevens van feitelijke of beschrijvende aard bevatten. De resterende onderdelen dienen desgevraagd wel te worden verstrekt. In dit kader kan het dus nodig zijn dat een document wordt gesplitst (zie art. 47 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)).

De essentie van het beginsel van *fair play* is dat een bestuursorgaan bepaalde wettelijke bevoegdheden kent, maar dat een beroep daarop dan wel gebruikmaking daarvan onder omstandigheden onrechtmatig wordt geacht. Het opmerkelijke van het genoemde arrest is dat het niet zozeer de bijzondere concrete omstandigheden van het geval en/of malicieuze intenties van de fiscus zijn die tot gevolg hebben dat het beginsel van *fair play* een wettelijke bevoegdheid terzijde stelt, maar dat de Hoge Raad een algemene en van de concrete omstandigheden geabstraheerde rechtsregel heeft geformuleerd waarmee hij de reikwijdte van de inlichtingenbevoegdheid van de fiscus op grond van artikel 47 AWR heeft ingeperkt.¹⁴

Hoewel het arrest wellicht enige houvast biedt indien een medewerker van de AFM of DNB inzage vordert van tussen een advocaat en zijn cliënt gewisselde correspondentie, zal het feit dat op grond van vaste jurisprudentie het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid

11. Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 82.

12. Zie ook Bannier e.a. 2008, p. 83.

13. HR 23 september 2005, BNB 2006, 21 m.nt. De Bont.

14. Noot De Bont in HR 23 september 2005, nr. 38 810, BNB 2006, 21.

tot verschoning uitmaken slechts toekomt aan de advocaat, ook na dit arrest een heikel punt blijven.¹⁵

Conclusie

De reikwijdte van het verschoningsrecht van de advocaat gaat op grond van vaste jurisprudentie zo ver, dat van de inhoud van de tussen een advocaat en zijn cliënt gewisselde correspondentie die bij de cliënt is aangetroffen, niet zonder toestemming van de advocaat mag worden kennisgenomen door justitiële autoriteiten. Het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken, komt in beginsel toe aan de advocaat.

De stelling van de minister van Financiën dat het verschoningsrecht niet door de Wft wordt uitgehold, is mijns inziens niet houdbaar. Het belangrijkste argument hiervoor is dat de Wft niet een met artikel 51 Mw vergelijkbare bepaling bevat die het de AFM en DNB verbiedt inzage te vorderen in en kopieën te maken van correspondentie en andere geschriften die als zij bij een advocaat waren gevonden onder diens verschoningsrecht zouden vallen. Enkel een tijdig verzet van de advocaat kan nu verhinderen dat de AFM en DNB de hand leggen op dergelijke correspondentie en stukken. Vaak wordt de advocaat echter niet of te laat op de hoogte gebracht van het voornemen van de toezichthouder tot het vorderen van inlichtingen bij zijn cliënt. Het zogenoemde *fair play*-arrest lijkt in deze kwestie weinig uitkomst te kunnen bieden, nu ook na dit arrest het oordeel omtrent de vraag of brieven of geschriften object van de bevoegdheid tot verschoning uitmaken alleen toekomt aan de advocaat.

Teneinde de 'schade' zo veel mogelijk te beperken op het moment dat de AFM of DNB inzage vordert van dossiers van een onder toezicht staande instelling, doet de onder toezicht staande instelling er in ieder geval verstandig aan zo spoedig mogelijk haar advocaat hiervan op de hoogte te stellen, waarna deze zich op het verschoningsrecht kan beroepen. In dit kader is het eveneens raadzaam de met de advocaat gewisselde correspondentie goed en gemarkeerd gescheiden te houden van de rest van het dossier, zodat de advocaat vrij eenvoudig kan aangeven welke stukken zijns inziens onder het verschoningsrecht zouden moeten vallen.

15. Zie ook noot De Bont bij HR 23 september 2005, BNB 2006, 21.