



# Communautair geknabbel aan verschoningsrecht

## De Cohen-advocaat buitenspel?

Op 17 september 2007 oordeelde het Gerecht van Eerste Aanleg van de EG dat een *in-house lawyer*, gezien zijn hiërarchisch ondergeschikte positie ten opzichte van zijn cliënt/werkgever, geen verschoningsrecht toekomt in geval van onderzoek door de Europese Commissie. Deze uitspraak raakt ook de positie van de bijna 450 Nederlandse 'Cohen-advocaten'. Was het Gerecht niet al te formeel en rigide?

.....  
W.J. Koops en M.J.N. Vermeij  
advocaten te Den Haag  
.....

**B**innen de Europese Gemeenschap is de positie van de advocaat nog steeds op nationaal en niet op communautair niveau geregeld. Als gevolg daarvan lopen de rechten en plichten van de advocaat van lidstaat tot lidstaat uiteen. In de jurisprudentie van het EHRM en het HvJEG zijn intussen wel kernwaarden met betrekking tot de positie van de advocaat geformuleerd. Zij hebben invloed op de wijze waarop nationaalrechtelijke bepalingen worden uitgelegd.

Daarom heeft een principiële uitspraak van het Gerecht van Eerste

Aanleg van de EG (hierna: 'het Gerecht') van 17 september 2007 veel aandacht getrokken.<sup>3</sup>

### *In-house lawyers*

In de jaren negentig werd de behoefte kenbaar om juristen in dienstbetrekking buiten de advocatuur dezelfde rechten toe te kennen als de 'externe' advocaat. Het ging met name om bedrijfsjuristen en juristen die in dienst waren van rechtsbijstandverzekeraars of van bepaalde non-profitorganisaties met een ideëel doel. Deze behoefte leidde tot kritiek op het domeinmonopolie van de leden van de Nederlandse Orde van Advocaten en werd uitgewerkt in voorstellen van de Werkgroep-Cohen.<sup>4</sup> De voorstellen werden geïmplementeerd met de thans geldende Verordening op de Praktijkuitoefening in Dienstbetrekking, die in werking trad op 1 mei 1997<sup>5</sup> (hierna: 'de Verordening').

Dit leverde de zogenoemde Cohen-advocaten op. Deze groep bestaat niet alleen uit *in-house lawyers*, advocaten in dienst bij een onderneming, maar ook uit advocaten in dienst van rechtsbijstandverzekeraars of non-profitorganisaties. De *in-house lawyer* onderscheidt zich van andere groepen doordat zijn

werkgever tegelijk zijn enige cliënt is.

De *in-house lawyer* is dus werknemer van een niet-advocaat. Vooral dit onderscheidt hem van de 'traditionele' advocaat. Voor het overige verschillen zij niet: de *in-house lawyer* wordt bijgeschreven op het tableau, is onderworpen aan regels van tuchtrecht en de Verordeningen van de Algemene Raad, moet voldoen aan dezelfde boekhoudkundige verplichtingen en kan zich beroepen op dezelfde wettelijke bepalingen die rechten en plichten toekennen aan 'de' advocaat of – in strafzaken – de raadsman.

### Onafhankelijke werknemer

Juist het werknemerschap, dat per definitie een hiërarchisch ondergeschikte positie met zich brengt ten opzichte van de werkgever, kan een aanwijzing zijn dat de betrokken advocaat niet onafhankelijk is op de wijze die (naar Nederlands recht) van een advocaat wordt geëist. Daarom moet het arbeidscontract van de *in-house lawyer* aan strikte voorwaarden voldoen, wil hij bijgeschreven blijven op het tableau en aldus aanspraak kunnen maken op dezelfde rechten als de traditionele advocaat.<sup>6</sup>

Die voorwaarden dienen derhalve tot waarborging van de onafhankelijkheid van de *in-house lawyer*. Blijkens de

.....  
3 Zie onder andere *het FD* van 18 september 2007: 'EU-rechter weigert verschoningsrecht voor bedrijfsjurist', en W. Knibbeler: 'Gerecht duidelijk over "legal privilege"', *Stert.* 26 september 2007.

4 Interdepartementale Werkgroep Domeinmonopolie Advocatuur (met als voorzitter dr. M.J. Cohen), die rapport uitbracht op 27 juni 1995.

5 *Stert.* 1997, 75.

.....  
6 Deze voorwaarden zijn uitgewerkt in een 'Professioneel statuut voor de advocaat in dienstbetrekking'. Het gaat met name om art. 2 daarvan: 'De werkgever zal de vrije en onafhankelijke beroepsuitoefening van de werknemer eerbiedigen'.

.....  
1 De auteurs danken mr. J.M. Sjöcrona en mr. J.D. Kleyn voor hun kritische opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.  
2 Beiden zijn werkzaam bij Sjöcrona · Van Stigt Advocaten te 's-Gravenhage.

toelichting op de Verordening<sup>7</sup> is de Algemene Raad van oordeel dat aldus die onafhankelijkheid groot genoeg is om de betrokkene dezelfde rechten toe te kennen als de traditionele advocaat en dus bij te schrijven op het tableau.

Het *verschoningsrecht* wordt in de Toelichting op de Verordening niet met zo veel woorden genoemd. Juist dit recht, dat onlosmakelijk verbonden is met de dienstverlening van de advocaat, is uitgebreid aan de orde gekomen in de uitspraak van het Gerecht. Voor de Cohen-advocaten ziet het er somber uit.

## Twee sets

In 2003 voerde de Europese Commissie een controle-onderzoek (een zogeheten verificatie) uit bij Akzo Nobel en Akcros. Ten aanzien van enige documenten die de controlerende ambtenaren wilden kopiëren, claimden de ondernemingen *legal privilege*.

Daarbij ging het in de eerste plaats om ('Set A') twee versies van één notitie, die geschreven was door de general manager van Akcros voor een hogergeplaatste manager, met als onderwerp het compliance-programma. Deze notitie was door de general manager besproken met een *externe* advocaat – op de tweede print van de notitie waren door eerstgenoemde aantekeningen gemaakt van dat gesprek. Deze twee notities werden door de controlerende ambtenaren in een envelop gedaan, verzegeld en meegenomen.

In de tweede plaats ging het ('Set B') om de prints van twee e-mails, afkomstig van de general manager en gericht aan de *in-house lawyer* van Akzo Nobel. Daarnaast bestond Set B uit de handgeschreven aantekeningen van gesprekken die de general manager gevoerd had met werknemers van de ondernemingen, en die hij later verwerkt had in zijn notitie.

Aangezien de ambtenaren van oordeel waren dat Set B in geen geval onder het verschoningsrecht viel, werden deze stukken 'gewoon' bij de andere documenten in het dossier gevoegd.

## Mits niet in dienstbetrekking

Het was – vanzelfsprekend – niet de eerste keer dat een onderneming, geconfronteerd met een verificatie, *legal*

*privilege* claimde ten aanzien van stukken. Reeds in 1982 had het Hof in het AM&S-arrest bepaald dat de Commissie de bevoegdheid had om bij een verificatie overlegging te verlangen van alle bedrijfsdocumenten, met inbegrip van de briefwisseling tussen de betrokken onderneming en haar advocaat.<sup>8</sup> Alleen wanneer deze briefwisseling had plaatsgevonden 'in het kader en ten behoeve van de verdediging' van de cliënt en gevoerd was met een *independent lawyer*, kon met een beroep op het verschoningsrecht overlegging geweigerd worden.

Bovendien had het Hof bij die gelegenheid bepaald dat alléén een advocaat die niet in dienstbetrekking is bij zijn cliënt als 'onafhankelijk advocaat' aangemerkt kan worden. In 1990 had het Gerecht in de Hilti-uitspraak<sup>9</sup> hier nog aan toegevoegd dat 'onafhankelijk' betekende: extern.

.....  
**Bij witwasonderzoek wordt wél, materieel, de dienst van de advocaat centraal gesteld en niet, formeel, de aard van de dienstbetrekking**  
.....

## Niet exclusief

Akzo Nobel en Akcros stelden beroep in tegen de weigering van de Commissie om de documenten terug te geven. De Nederlandse Orde van Advocaten en een aantal vergelijkbare organisaties intervierden en werden zo zelf procespartij.

Over Set A oordeelde het Gerecht dat deze niet beschermd werd door het *legal privilege*. De notitie van de general manager was niet geschreven 'for the exclusive purpose of seeking legal advice' (curs. WK & MV) en was niet gericht aan een advocaat. De enkele omstandigheid dat de notitie na vervaardiging besproken was met een externe advocaat was onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Dit lijkt ons niet onbegrijpelijk.

## Argumenten vóór

Meer stof tot nadenken is het oordeel

8 Arrest van 18 mei 1982, AM&S Europe Limited tegen de Commissie, zaak no. C-155/79.

9 Uitspraak van 4 april 1990, Hilti Aktiengesellschaft tegen de Commissie, zaak no. T-30/89.

over Set B, de e-mails die gewisseld waren tussen de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde onderneming en de Nederlandse *in-house lawyer*. De ondernemingen en de NOvA betoogden dat correspondentie met de *in-house lawyer* bescherming zou moeten genieten op basis van het hiervoor genoemde AM&S-arrest. De *in-house lawyer* in kwestie was toegelaten tot de Nederlandse balie, en dus onderworpen aan het geldende tuchtrecht. Zijn onafhankelijkheid werd daarmee, aldus de onderneming en de Orde, voldoende gewaarborgd. Net als elke andere advocaat zou hij dan ook verschoningsgerechtigd zijn.

Subsidiar betoogden de ondernemingen en de NOvA dat, mocht deze redenering door het Gerecht verworpen worden op basis van een beperkte uitleg van het AM&S-arrest ('dienstbetrekking maakt onafhankelijkheid onmogelijk'), uitbreiding van de reikwijdte van de door dat 25 jaar oude arrest geboden bescherming nodig zou zijn. Daartoe werd onder meer aangevoerd dat het, sinds 1982, in steeds meer lid-staten mogelijk was om als *in-house lawyer* toegelaten te worden tot de balie. Ook zou het maken van een onderscheid tussen externe en interne advocaten zich niet verdragen met het gelijkheidsbeginsel, de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten.

Ten slotte: de communicatie tussen de *in-house lawyer* en de general manager van Akcros was gevoerd vanuit, respectievelijk, Nederland en het Verenigd Koninkrijk. In Nederland kon de *in-house lawyer* een beroep doen op zijn verschoningsrecht, dat in dit geval voortvloeide uit art. 51 van de Mededingingswet. Een soortgelijke bescherming gold in het Verenigd Koninkrijk. Het gemeenschapsrecht zou op het gebied van *legal privilege* niet strenger mogen zijn dan het recht van deze twee lidstaten.

## Buitenstaander zijn

Allereerst ging het Gerecht in op de vraag of het AM&S-arrest correct uitgelegd was. Of een advocaat al dan niet onafhankelijk is, moet, aldus het Gerecht, op basis van dat arrest bepaald worden aan de hand van een *negatief* formeel criterium, namelijk: het niet-in-dienstbetrekking-zijn bij de cliënt. Een positief inhoudelijk criterium (lidmaatschap van

7 Algemene toelichting van 11 november 1996.

de balie en onderworpenheid aan tuchtrechtelijke regels) speelt geen rol. De advocaat moet *structurally, hierarchically and functionally* een buitenstaander zijn vis-à-vis zijn cliënt.

Vervolgens onderzocht het Gerecht het pleidooi voor uitbreiding van de reikwijdte van de in AM&S geboden bescherming. Het argument dat sinds het wijzen van laatstgenoemd arrest een tendens aanwijsbaar is dat *in-house lawyers* in toenemende mate een beroep kunnen doen op *legal privilege*, gaat volgens het Gerecht niet in voldoende mate op. Het is geen uniforme tendens die in een meerderheid van de lidstaten opgeld doet.

Het argument dat sprake zou zijn van ongelijke behandeling stuitte volgens het Gerecht af op het feit dat *in-house lawyers* en externe advocaten nu eenmaal niet te vergelijken zijn voor wat betreft hun positie, *owing, in particular, to the functional, structural and hierarchical integration of in-house lawyers within the companies that employ them.*

Ten slotte verwierp het Gerecht ook de stelling dat nationaal recht zou dienen te prevaleren waar het de persoonlijke reikwijdte van het verschoningsrecht betreft. Op een zo belangrijk terrein als het mededingingsrecht, '(...) vital to the functioning of the common market', is geen plaats voor een nationale invulling van het verschoningsrecht, dat immers grenzen stelt aan de bevoegdheden van de Commissie.

### Effectiviteit

Het Gerecht heeft bevestigd dat een formeel afgepaalde groep advocaten, de *in-house lawyers*, niet mag worden beschouwd als onafhankelijk nu zij een hiërarchisch ondergeschikte positie heeft ten opzichte van de cliënt/werkgever. Dat is een nogal categorisch oordeel over een groep juristen die op het Nederlands tableau is bijgeschreven. Het is de vraag of dat oordeel strookt met een afweging van *alle* betrokken belangen en feiten zoals elders in het communautaire recht wordt voorgestaan. In de Tweede anti-witwas-Richtlijn bijvoorbeeld wor-

den wel andere belangen meegewogen.<sup>10</sup> Bij de daarin neergelegde inbreuk op de geheimhoudingsplicht van de advocaat (namelijk de plicht om identificatiegegevens of financiële gegevens te melden) wordt de *aard* van de door de advocaat geleverde *dienst* centraal gesteld, en niet een formeel criterium zoals de *aard* van zijn dienstbetrekking.

Het Gerecht zelf rechtvaardigt de categorische uitsluiting van de *in-house lawyer* met de opmerking dat de Commissie haar onderzoek effectief moet kunnen doen. Met dat uitgangspunt zijn wij het op zich wel eens, maar de effectiviteit zou niet ontoelaatbaar verminderen als *materieel* wordt beoordeeld of de *in-house lawyer* onafhankelijk genoeg is om een verschoningsrecht toegekend te krijgen. Die onafhankelijkheid moet eenvoudig toetsbaar zijn – anders bestaat zij niet. We tekenen daarbij aan dat diezelfde toets ook voorstelbaar is

.....  
**Omdat de *in-house lawyer* en zijn werkgever niet langer kunnen rekenen op vertrouwelijkheid, zullen eerder externe advocaten moeten worden ingeschakeld**  
.....

buiten het mededingingsrecht en zelfs buiten het geval van de *in-house lawyer*; naar Nederlands recht gebeurt dit al regelmatig.<sup>11</sup>

### Hinderlijk verschoningsrecht

Naar ons oordeel overstijgt het belang van de Akzo-uitspraak het mededingingsrecht. Dat belang is immers gelegen in het feit dat het Gerecht de (on-)afhankelijkheid van de *in-house lawyer* niet enkel afzet tegen de mededingingspraktijk maar juist uitzondert van een

.....  
<sup>10</sup> Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

<sup>11</sup> Zie bijvoorbeeld HR 15 mei 2007, NJ 2007, 300. Het verschoningsrecht mag onder 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' doorbroken worden. 'Opmerking verdient dat de rechter die moet oordelen of zich zodanige zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen (...) niet mag volstaan met een marginale toetsing daarvan, doch zich daaromtrent (...) een eigen, zelfstandig, oordeel zal moeten vormen.'

algemeen principe:<sup>12</sup> 'Confidentiality serves the requirement, the importance of which is recognised in all of the Member States, that every person must be able, without constraint, to consult a lawyer whose profession entails the giving of independent legal advice to all those in need of it. (...) The protection of the confidentiality of written communications between lawyer and client is an essential corollary to the full exercise of the rights of the defence.'

Tegen die achtergrond stemt de redenering van het Gerecht bij de afweging van het belang van de handhaving van het communautaire recht tegen het belang van het verschoningsrecht tot nadenken. Het verschoningsrecht, aldus het Gerecht, beperkt de Commissie bij het inzetten van haar onderzoeksbevoegdheden. Een dergelijke redenering zou één-op-één overgenomen kunnen worden wanneer het verschoningsrecht 'hinderlijk' wordt op andere rechtsgebieden, die al communautaire invulling hebben dan wel zullen krijgen. Niet in de laatste plaats het strafrecht. Moet het verschoningsrecht dan wijken voor het belang van (om maar iets te noemen) de terrorismebestrijding of de strijd tegen witwassen? De conclusie is duidelijk: het Gerecht heeft zich met zijn redeneringen in de Akzo-uitspraak op een hellend vlak begeven.

### Rigide

Een van de interveniërende partijen in deze zaak is de CCBE. Deze partij heeft reeds aangekondigd in beroep te gaan. Het is nog niet bekend of de NOVA mee-appelleert. Naar wij hopen wordt het Hof niet genoodzaakt tot de digitale keus: wel of niet een verschoningsrecht voor *in-house lawyers*. De toets van hun onafhankelijkheid zou inhoudelijk moeten gebeuren en niet onmogelijk dienen te worden gemaakt door de rigide maatstaf van het bestaan van een dienstbetrekking.

Voor de *in-house lawyer* (en zijn werkgever) geldt intussen dat zij niet langer kunnen rekenen op de vertrouwelijkheid van hun communicatie. Inschakeling van externe advocaten lijkt nu (nog) eerder geïndiceerd dan voorheen. Spannende tijden.

.....  
<sup>12</sup> Zie paragraaf 77 van de Akzo-uitspraak.