FINNIUS

Overdrijft u niet een beetje?

18 juni 2020

5 MINUTEN

Over digitaal onderzoek door de AFM en legal privilege

Advocaten mogen autoriteiten graag tunnelvisie verwijten. Maar advocaten mogen ook graag denken dat ze het altijd bij het juiste eind hebben. Over die tunnelvisie hoor je (ze) veel minder. Toch doen advocaten er ook verstandig aan om af en toe uit te zoomen en de eigen opvatting tegen het buitenlicht te houden. Met deze blog doe ik een poging. Het gaat om het volgende.

De AFM doet steeds vaker “digitaal” onderzoek. Daarbij worden niet zelden complete inboxen gekopieerd. Hetzelfde geldt tegenwoordig voor op mobiele telefoons vastgelegde chatgesprekken en dergelijke. Onder deze digitaal vastgelegde gegevens bevindt zich vaak ook geprivilegieerde, want van een advocaat afkomstige informatie. Daar kunnen ook aan de financiële instelling gegeven adviezen tussen zitten over beroepsprocedures tegen de AFM zelf.

Duidelijk is dat toezichthouders digitaal onderzoek moeten kunnen verrichten. Toch is niet vanzelfsprekend dat langs die weg geprivilegieerde informatie bij de AFM terecht mag komen. De verplichting om mee te werken aan onderzoeken van toezichthouders strekt zich immers niet uit tot gegevens waarop een ‘legal privilege’ rust (zie ook artikel 5:20 tweede lid Awb). Neemt de AFM dergelijke informatie toch mee, dan mogen derhalve vergaande waarborgen worden verlangd. De AFM meent daarin te hebben voorzien met de ‘Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens’ (“de Werkwijze”).

De Werkwijze voorziet er (inderdaad) in dat de AFM schriftelijk kan worden verzocht om de gevorderde gegevens te schonen van geprivilegieerde informatie alvorens deze wordt verstrekt aan functionarissen van de AFM die het onderzoek inhoudelijk zullen “draaien”. Belangrijk: een dergelijk verzoek kan ook eigenstandig worden ingediend door de desbetreffende advocaat, die daar ook verstandig aan doet. Of aldus is gewaarborgd dat alle geprivilegieerde informatie in deze voorfase wordt geschoond, is echter maar de vraag.

Ik signaleer dat het schoningsverzoek wordt beoordeeld door de “IT-specialist” van de AFM, die daarbij ”vluchtig” kennisneemt van de litigieuze e-mails (artikel 3 lid 1 Werkwijze). Deze IT-specialist mag weliswaar niet inhoudelijk betrokken zijn bij het onderzoek, maar is natuurlijk wel een collega van degenen die dat wel zijn. Beide soorten functionaris hebben bovendien in het bestuur van de AFM dezelfde superieuren, zijn in hetzelfde pand werkzaam, hebben dezelfde lunchruimte en gaan samen op pad bij ‘invallen’. Ik verdenk ze er zelfs van dat ze naar dezelfde kerstborrel gaan. Je hoopt dat daar niet toch (per ongeluk) geprivilegieerde informatie wordt uitgewisseld, maar garanties biedt de Werkwijze niet.

Dan de “Functionaris Verschoningsrecht”, die “in beroep” moet oordelen indien het schoningsverzoek naar de mening van het onderzoekssubject of de desbetreffende advocaat ten onrechte is afgewezen door de IT-specialist. De Functionaris Verschoningsrecht is volgens de Werkwijze:

> "*een door het bestuur van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) aangewezen persoon die, niet als IT-Specialist of als Onderzoeker bij onderzoeken betrokken is of zal zijn, onafhankelijk van het toezicht het geprivilegieerde karakter van de door het Onderzoekssubject geclaimde gegevens toetst.*"

Mij is nog niet helemaal duidelijk hoe hiermee is gewaarborgd dat deze functionaris tot een "onafhankelijk" oordeel komt. Te meer niet nu deze omschrijving openlaat dat bijvoorbeeld een medewerker van de afdeling Juridische Zaken of misschien zelfs wel een boetefunctionaris optreedt als Functionaris Verschoningsrecht. De functie kan bovendien bij toerbeurt worden vervuld door bij de AFM werkzame functionarissen. Ik vind het geen comfortabele gedachte dat kennis wordt genomen van mijn op procedures tegen de AFM betrekking hebbende (strategische) adviezen door een functionaris van de AFM die ik in een volgend dossier weer "gewoon" tegenkom als behandelend jurist of, voor mijn part, als lid van de hoorcommissie in bezwaar. Maar mogelijk is achterdocht mij in de loop der jaren parten gaan spelen.

Anders gesteld: waarom niet een externe Functionaris Verschoningsrecht? Zoals de AFM overigens ook een externe – en daarom volgens de AFM zelf: onafhankelijke – voorzitter van de hoorcommissie in bezwaar kent.

Maar nu mijn voornaamste zorg.

Wordt het schoningsverzoek (wel) volledig gehonoreerd, dan dienen de desbetreffende geprivilegieerde e-mails uiteraard te worden vernietigen. Aldus schrijft artikel 6 van de Werkwijze ook voor. De adder zit in het moment waarop dat gebeurt:

1. *zo spoedig mogelijk nadat het toezichtsonderzoek is gesloten; of*
2. *zo spoedig mogelijk nadat naar aanleiding van het onderzoek genomen besluiten, onherroepelijk zijn geworden.*

Omdat zowel onderzoeken als (hoger)beroepsprocedures geruime tijd in beslag plegen te nemen, blijft de AFM aldus nog jarenlang over e-mails beschikken die onbetwist een geprivilegieerd karakter hebben. Ik heb wel eens begrepen – uit de Werkwijze valt het echter niet op te maken – dat de AFM meent bedoelde gegevens toch zo lang te mogen bewaren gelet op de mogelijkheid om later in een beroepsprocedure te moeten toelichten welke waarborgen in acht zijn genomen bij het onderzoek.

Ik heb het geprobeerd, maar kan mij maar niet voorstellen dat het evenredig en wenselijk is dat de AFM om deze reden e-mails onder zich mag blijven houden die ze überhaupt niet had mogen kopiëren. Zeker niet indien daar adviezen tussen (kunnen) zitten die zijn verstrekt aan de wederpartij van de AFM in een dergelijke beroepsprocedure. Ik zie ook nog niet in waarom – zou er al voldoende zwaarwegend belang bestaan om de geschoonde e-mails toch te bewaren – de AFM

hiermee belast zou moeten blijven. Het lijkt alleszins redelijk om bedoelde e-mails dan ten minste over te dragen aan de instelling zelf onder de verplichting ze te bewaren hangende de beroepsprocedure of anders aan een onafhankelijke externe partij.

U begrijpt: ik heb dit soort bespiegelingen wel eens voorgehouden aan de AFM. De reacties die je dan ontmoet laten zich het best samenvatten in de volgende vraag: “*overdrijft u nu niet een beetje?*”

Waar ik – advocaat – de neiging heb die vraag zonder aarzeling ontkennend te beantwoorden, wil ik daar om genoemde reden voorzichtig mee zijn. Ik hoor het dus graag van u indien ik ernaast zit met mijn beschouwingen of – ook dat kan – simpelweg te achterdochtig ben. Dat mag ook langs geprivilegieerde weg (guido.roth@finnius.com of mobiel: 06 20 13 85 50.)

Specialisten

Guido Roth
T +31 (0)20 767 01 80
M +31 (0)6 20 13 85 50

guido.roth@finnius.com