

Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht



Advies aan de Nederlandse Orde van Advocaten inzake lawyer's letters

13 april 2011

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Advies aan de Nederlandse Orde van Advocaten inzake lawyer's letters

Inleiding

De Gecombineerde Commissie verwijst naar de notitie 1 maart 2011 van mevr. mr. W. de Smit namens de Nederlandse Orde van Advocaten. In die notitie wordt een vraag gesteld met betrekking tot de Richtlijn en het model inzake het afgeven van verklaringen door advocaten en notarissen ten behoeve van accountants (de zogenaamde lawyer's letter). In de notitie wordt de volgende vraag van een advocaat voorgelegd:

Moet de advocaat in de brief aan de accountant, geschreven op verzoek van zijn cliënt, ook melding maken van een aanhangige procedure (of anderszins een aansprakelijkheidkwestie) waarvan hij wel wetenschap heeft, maar waarin hij niet voor deze cliënt optreedt; wetenschap die hij bijvoorbeeld verkrijgt doordat hij voor de wederpartij van deze cliënt optreedt?

U verneemt graag onze zienswijze op deze vraag en op de vraag of het wenselijk is hieromtrent in de richtlijn een verhelderende passage op te nemen.

Conclusie

Conclusie van de Commissie is dat het in ieder geval niet wenselijk is dat de advocaat of notaris eigener beweging in een lawyer's letter melding maakt van procedures waarvan hij wetenschap heeft buiten het kader van de cliëntrelatie met de partij die hem verzoekt de lawyer's letter af te geven. Hoewel dit ons inziens ook wel blijkt uit paragraaf VI van de toelichting bij de Richtlijn, zou dit wellicht nog iets duidelijker geformuleerd kunnen worden, bijvoorbeeld door paragraaf VI als volgt te laten luiden: "De te verstrekken inlichtingen zullen in beginsel uitsluitend betrekking mogen hebben op de informatie die is uitgewisseld in het overleg met de cliënt die de advocaat of notaris verzocht heeft de brief met de gevraagde inlichtingen aan de accountant af te geven".

In de modelbrief zelf zou voorts verduidelijkt kunnen worden dat het slechts gaat om rechtsgedingen die ten behoeve van de desbetreffende cliënt worden behandeld en niet om gedingen die worden behandeld voor wederpartijen. Dit zou kunnen door in paragraaf IV de woorden "voor de vennootschap" in te voegen voor de woorden "in behandeling zijn" of "worden behandeld".

Toelichting

In de notitie van 1 maart jl. is slechts sprake van één manier waarop de advocaat/notaris wetenschap zou kunnen krijgen van een geding buiten de relatie met de cliënt, namelijk doordat de advocaat voor de wederpartij betrokken is bij een procedure.

Er zijn echter nogal wat andere manieren waarop een advocaat wetenschap kan verkrijgen van aanhangige procedures buiten de situatie waarin zijn kantoor optreedt voor die cliënt in die procedure.

Mogelijke bronnen van informatie zijn:

- de in de notitie van 1 maart 2011 genoemde situatie waarin de advocaat of zijn kantoor optreedt voor een wederpartij in die procedure;
- de advocaat treedt voor geen enkele partij op in de procedure maar heeft daarvan vernomen van een derde partij;
- de advocaat treedt niet op voor enige partij in de procedure maar heeft van zijn cliënt zelf vernomen dat die procedure speelt, ook al wordt die cliënt door een andere advocaat in die procedure vertegenwoordigd;
- de advocaat of zijn kantoor is in een due diligence onderzoek, bijvoorbeeld bij een wederpartij van de cliënt, gestuit op de informatie met betrekking tot het aanhangige rechtsgeding;
- een uitspraak met betrekking tot de desbetreffende procedure heeft gestaan in gepubliceerde jurisprudentie;
- de advocaat of een kantoorgenoot kan redelijkerwijze vermoeden dat de cliënt betrokken is bij een procedure maar heeft geen keiharde bevestiging;
- een kantoorgenoot die als curator optreedt in het faillissement van een derde.

Afhankelijk van de manier waarop de advocaat aan zijn informatie is gekomen zijn er ook diverse **juridische invalshoeken** denkbaar.

In de eerste plaats zal men zich moeten afvragen of er vertrouwelijkheidsverplichtingen voor de advocaat en zijn kantoor gelden. Indien de informatie is verkregen in het kader van een cliëntrelatie zal er al snel van een dergelijke vertrouwelijkheidsverplichting sprake zijn. Toch hoeft die vertrouwelijkheidsverplichting niet beslissend te zijn, bijvoorbeeld indien de informatie is verkregen in een cliëntrelatie met een wederpartij die er geen probleem mee heeft dat de informatie wordt verschaft aan de accountant van de cliënt die om de lawyer's letter vraagt.

Die vertrouwelijkheid zal echter niet spelen indien de advocaat of zijn kantoor de informatie heeft verkregen buiten een cliëntrelatie, bijvoorbeeld omdat een derde hem die informatie meedeelt zonder geheimhouding of omdat de informatie in de krant of in gepubliceerde jurisprudentie heeft gestaan. Indien de informatie wordt verkregen in een due diligence onderzoek, bijvoorbeeld ter gelegenheid van een overname, zal er daarentegen vaak weer wel sprake zijn van een geheimhoudingsplicht krachtens een geheimhoudingsovereenkomst.

Naast geheimhoudingsverplichtingen zouden wellicht ook andere juridische invalshoeken een rol kunnen spelen, zoals tegenstrijdig belang (bijvoorbeeld in de wijze waarop het geschil wordt omschreven), het verschoningsrecht en het mogelijk koersgevoelig zijn van de desbetreffende informatie. We hebben niet verder vanuit deze invalshoeken naar de problematiek gekeken, omdat reeds om de hierna genoemde praktische bezwaren het in onze ogen ongewenst is om de advocaat en zijn kantoor informatie in de brief te laten opnemen die hij heeft verkregen buiten de cliëntrelatie met de cliënt die om de lawyer's letter heeft verzocht.

Bij de **praktische aspecten** denken we ondermeer aan het volgende:

- de brief wordt geschreven uitgaande van de informatie die binnen een kantoor beschikbaar is;
- zeker bij de grotere kantoren wordt er bij het checken welke informatie beschikbaar is, uitgegaan van de fee earners die gedurende de periode waarom het gaat uren hebben geschreven in zaken die behandeld worden voor de cliënt die om de lawyer's letter heeft verzocht;
- in de computer kan men in ieder geval die dossiers checken die het kantoor behandelt voor de cliënt die om de lawyer's letter verzoekt;
- dossiers voor cliënten noemen in de computer niet altijd de namen van de wederpartijen;
- tenzij alle fee earners van een kantoor worden aangeschreven (bij sommige kantoren kan dat gaan om honderden fee earners) en men ook daadwerkelijk antwoord verkrijgt van al die fee earners, is alleen reeds om die reden niet te checken of er procedures aanhangig zijn anders dan via de informatie die beschikbaar is over cliëntdossiers; het verkrijgen van antwoord van honderden fee earners wordt aanmerkelijk kostbaarder en duurt veel langer dan cliënten acceptabel vinden;
- het risico is groot dat een fee earner informatie over het hoofd ziet die hij terloops heeft verkregen over zaken waarbij hij niet betrokken is c.q. indien de betrokkene die informatie in een geheel ander verband heeft gekregen;
- met betrekking tot zaken die niet in behandeling zijn bij het kantoor van degene die de lawyer's letter wordt gevraagd, zal de betrokkene meestal ook niet op adequate wijze informatie kunnen verschaffen;
- indien het om een zaak gaat die in gepubliceerde jurisprudentie is opgenomen of waarover in de krant verslag is gedaan, rijst de vraag of het kantoor geacht wordt op de hoogte te zijn indien het kantoor op de jurisprudentie op die krant is geabonneerd; de vraag rijst dan of je dat zou moeten checken;
- degene die een lawyer's letter wordt gevraagd af te geven, zou er van uit moeten mogen gaan dat de cliënt deze vraag ook stelt aan alle andere advocatenkantoren die voor hem optreden en dat de accountant derhalve ook over dergelijke bij anderen in behandeling zijnde zaken geïnformeerd zal worden.

De **conclusie** van de Gecombineerde Commissie is dat er teveel vragen worden opgeroepen en het bovendien lastig wordt onderscheid te maken tussen de informatie die wel zou moeten worden meegenomen in de brief en de informatie die daarin niet hoeft te worden opgenomen, indien we de lawyer's letter niet zouden beperken tot de informatie die we van de cliënt hebben gekregen in zaken die we voor die cliënt behandelen. De Gecombineerde Commissie meent daarbij dat een uitbreiding van het bereik van de lawyer's letter op initiatief van de advocatuur of het notariaat in ieder opzicht ongewenst is vanwege de praktische problemen en de risico's die daarvan het gevolg zijn voor degene die een lawyer's letter afgeeft.

In de Richtlijn wordt ook deze benadering gevolgd, hetgeen blijkt uit het feit dat de modelbrief slechts procedures vermeldt die "bij het kantoor in behandeling zijn", zij het dat die formulering ook nog zou kunnen omvatten de zaken die voor een wederpartij worden behandeld. De Gecombineerde Commissie meent dat die laatste informatie niet zou moeten worden opgenomen in de brief en stelt voor de modelbrief op dat punt te verduidelijken door de woorden "voor de vennootschap" op te nemen in paragraaf IV vóór de woorden "in behandeling zijn" of "worden behandeld".

De Gecombineerde Commissie hoopt dat u met dit advies uit de voeten kunt en is tot nadere toelichting gaarne bereid.

Den Haag, 13 april 2011