

NGBB

De Bedrijfsjurist

■ Omkoping: gevaarlijke praktijken

■ Oud-voorzitter Mr A.J.S.M. Tervoort
gepromoveerd

Attorney-Client Privilege voor
Nederlandse Bedrijfsjuristen

Attorney-Client Privilege voor Nederlandse Bedrijfsjuristen

Amerikaanse rechter legt beperkingen op

Door Mr. Jan Joosten

In een recente uitspraak heeft een New Yorkse rechter een Nederlandse bedrijfsjurist verplicht om mee te werken aan *pre-trial discovery* voor een Amerikaanse procedure. Dit artikel bespreekt de achtergrond van de uitspraak en de stappen die een Nederlandse bedrijfsjurist kan nemen om de kans te verminderen dat hij of zij in dezelfde situatie verzeild raakt.

Pre-trial discovery

In de *pre-trial discovery* fase van het Amerikaanse procesrecht zijn partijen verplicht om elkaar over en weer alle relevante informatie te verschaffen. Het doel van *pre-trial discovery* is om alle feiten boven water te krijgen voordat de jury bij elkaar wordt geroepen en de *trial* begint. De verplichting om informatie te verschaffen gaat zeer ver, zeker naar Nederlandse begrippen. Partijen zijn verplicht elkaar alle relevante documenten te verschaffen, zoals alle interne e-mails die ook maar enigszins met het dispuut te maken hebben. Daarnaast moeten alle relevante personen zich onderwerpen aan *depositions*. Deze getuigenverhoren worden door advocaten afgenomen en duren soms dagenlang. *Pre-trial discovery* is berucht vanwege het ingrijpende beslag dat het legt op de tijd van management en andere personeelsleden alsmede de interne en externe kosten die gepaard gaan met het verzamelen en beoordelen van de gevraagde informatie.

Attorney-client privilege

De verplichting om informatie te verschaffen in het kader van *pre-trial discovery* kent een belangrijke uitzondering: het *attorney-client privilege*, het Amerikaanse equivalent van het verschoningsrecht. Kort gezegd hoeft geen informatie te worden

verschafd over vertrouwelijke communicatie tussen een *attorney* en een cliënt. Het doel hiervan is om te bevorderen dat iedereen vrijelijk juridisch advies kan inwinnen van een *attorney*.

Wie is een attorney?

De schoen wringt bij de vraag wie een *attorney* is. In de Amerikaanse context zijn zowel advocaten als bedrijfsjuristen *attorneys*. Het is in de Verenigde Staten namelijk verboden om juridisch advies te geven zonder lid te zijn van de *bar* van de lokale lidstaat. Om die reden legt nagenoeg iedere jurist na zijn afstuderen het *bar exam* af om toegelaten te worden tot de *bar* – en blijft de rest van zijn carrière een *licensed attorney*. Uit de Amerikaanse rechtspraak volgt duidelijk dat het *attorney-client privilege* ook van toepassing is op bedrijfsjuristen, althans op Amerikaanse bedrijfsjuristen. Voor Nederlandse bedrijfsjuristen blijkt de situatie complexer te zijn.

De Anwar zaak

Hoewel een Nederlandse bedrijfsjurist functioneel dezelfde rol vervult als een Amerikaanse bedrijfsjurist, maakt de rechter in *Anwar v. Fairfield Greenwich Ltd.* (No. 09-cv-118 (FM) (S.D.N.Y. Nov. 8, 2013)) bij Nederlandse bedrijfsjuristen onderscheid tussen bedrijfsjuristen die tevens advocaat zijn en bedrijfsjuristen die geen advocaat zijn. Bedrijfsjuristen die tevens advocaat zijn mogen zich op het Amerikaanse *attorney-client privilege* beroepen. Maar bedrijfsjuristen die niet tevens advocaat zijn, mogen zich niet op het privilege beroepen, aldus de rechter in de *Anwar* zaak.

In de *Anwar* zaak procederen investeerders tegen verschillende dienstverleners aan fondsen waarin de investeerders hadden belegd om zodoende de verliezen te verhalen die zij hebben

geleden als gevolg van de Madoff fraude. Een van deze dienstverleners is Citco Bank Nederland N.V.. (Het kantoor van de auteur treedt op voor een van de andere dienstverleners.) De advocaat van Citco instrueerde Renger Boonstra, bedrijfsjurist bij Citco, tijdens diens *deposition* om geen antwoord te geven op bepaalde vragen met een beroep op het *attorney-client privilege*. Op dezelfde grond weigert Citco inzage te geven in bepaalde e-mails van Boonstra.

Citco stelde dat de toepasselijkheid van het *attorney-client privilege* naar Amerikaans recht beantwoord moest worden; de investeerders stelden dat Nederlands recht van toepassing was. De *magistrate judge* besliste dat Boonstra, zowel naar Nederlands als naar Amerikaans recht, geen beroep mocht doen op het *attorney-client privilege* omdat hij geen *licensed attorney* was.

Citco had verder aangevoerd dat zij er op had vertrouwd dat Boonstra een *attorney* was en dat het *attorney-client privilege* van toepassing zou zijn. De rechter verwierp dit argument onder verwijzing naar *Gucci America, Inc. v. Guess?, Inc.* (No. 09 Civ. 4373 (SAS), 2011 WL 9375, at *2 (S.D.N.Y. Jan. 3, 2011)). In die zaak bleek dat de bedrijfsjurist van Gucci bij de bar van Californië geregistreerd was als *inactive*. Strikt genomen was hij dus geen *licensed attorney*. Toch mocht Gucci een beroep doen op het *attorney-client privilege* omdat zij er redelijkerwijs van uitging dat de bedrijfsjurist een *attorney* was. Volgens de rechter in de *Anwar* zaak had Citco niet een vergelijkbaar vertrouwen mogen hebben omdat Boonstra nooit lid van de Orde was geweest of dat had gepretendeerd. De rechter overwoog hierbij dat bedrijfsjuristen in Nederland vaak *unlicensed* zijn, en dat de werkgever van een *licensed in-house attorney* een professioneel statuut moet ondertekenen dat de onafhankelijkheid van de betrokken advocaat in dienstbetrekking garandeert.

Citco heeft hoger beroep ingesteld tegen de beslissing van de *magistrate judge*. De Association of Corporate Counsel heeft hierbij een *amicus* letter ingediend. Ook het *district court* heeft Citco echter in het ongelijk gesteld. Het is mogelijk dat Citco zich tot een hogere rechter zal wenden.

Mogelijke stappen

Gelet op de *Anwar* en *Gucci* beslissingen zijn er een aantal stappen die een Nederlandse bedrijfsjurist zou kunnen overwegen om beter voorbereid te zijn op een Amerikaanse juridische procedure en om de kans te verminderen dat een beroep op het *attorney-client privilege* faalt.

Ben voorbereid op de reikwijdte van Amerikaanse *discovery*. Als een bedrijf zaken doet in de Verenigde Staten of anderszins zaken doet met een Amerikaanse partij, is het goed mogelijk dat het bedrijf betrokken wordt in een Amerikaanse procedure. Het bedrijf zal dan onderworpen zal zijn aan het Amerikaanse procesrecht, inclusief de *pre-trial discovery* regels. Zoals hierboven besproken, gaan deze veel verder dan de relatief beperkte mogelijkheden voor bewijsgaring in het Nederlandse procesrecht. Het is goed om binnen het bedrijf een bewustzijn te creëren dat e-mails en andere documenten wellicht ooit in een juridische procedure moeten worden overgelegd. Onzorgvuldig geformuleerde berichten kunnen achteraf makkelijk verkeerd worden uitgelegd. Daarnaast is het zinvol om te bezien of en hoe lang bepaalde informatie bewaard moet worden. Veel

Amerikaanse bedrijven kiezen er voor om informatie niet langer te bewaren dan de wettelijke bewaringstermijn.

Maak duidelijk dat u vertrouwelijk juridisch advies geeft.

Een van de voorwaarden van het Amerikaanse *attorney-client privilege* is dat de jurist aan zijn interne of externe cliënt juridisch advies geeft. Communicatie over niet-juridische zaken valt hier niet onder. (Dit onderscheid is soms lastig bij bedrijfsjuristen die tevens een commerciële functie vervullen.) Een mogelijke benadering is om e-mails met vertrouwelijk juridisch advies als zodanig te kenmerken door in de 'onderwerp' regel te vermelden '*privileged attorney-client communication*'. Een andere benadering is om onderaan iedere e-mail een tekst op te nemen waarin wordt gewezen op de vertrouwelijkheid van de e-mail. Een voorbeeld zou kunnen zijn:

This message contains information which may be confidential and/or privileged. Unless you are the intended addressee, you may not use, copy or disclose to anyone the message or any information contained in the message. If you have received the message in error, please advise the sender by reply at naam@bedrijf.nl and delete the message.

Maak duidelijk wat uw rol is. Een eenvoudige manier om dit te doen is door in uw e-mailhandtekening uw titel/functie te vermelden, bijvoorbeeld 'general counsel', 'legal counsel' en/of 'advocaat/attorney'.

Schakel een externe advocaat in. Bij gevoelige zaken is het zinvol om te overwegen om een externe advocaat in te schakelen. De bedrijfsjurist kan dan *at the direction* van de externe advocaat werken. Op deze wijze valt de bedrijfsjurist ook onder het *attorney-client privilege*.

Blijf (of word) advocaat. De rechter in de *Anwar* zaak legde grote nadruk op het al dan niet zijn van *licensed attorney*. Vanuit die optiek heeft het dus een duidelijke toegevoegde waarde als een Nederlandse bedrijfsjurist tevens advocaat is. Een alternatief is om lid te zijn van een niet-Nederlandse balie. Dit is wellicht een aantrekkelijk alternatief voor bedrijfsjuristen die in het verleden een Amerikaans *bar exam* hebben afgelegd. Gezien de *Gucci* uitspraak is het verstandig om alle lidmaatschapsgelden te betalen en te voldoen aan alle opleidings- en andere verplichtingen. ■

Jan J.H. Joosten is een corporate partner bij Hughes Hubbard & Reed LLP, een gerenommeerd Amerikaans advocatenkantoor. Vanuit New York helpt Joosten al 17 jaar Nederlandse bedrijven die zakendoen in de Verenigde Staten. Hij heeft zowel in Nederland (in Leiden; civiel en fiscaal) als in de Verenigde Staten (aan Harvard) rechten gestudeerd. Joosten is lid van de New York bar. Hij geeft regelmatig cursussen over Amerikaansrechtelijke onderwerpen (onder meer voor OSR) en doceert het onderdeel Internationaal Contracteren in de Beroepsopleiding voor Bedrijfsjuristen. Joosten is co-auteur van *Legal Aspects of Doing Business in the United States for Dutch Companies* en *U.S. Securities Regulation – a Guidebook for International Companies* alsmede verschillende wetenschappelijke artikelen.