

MEMO Kennedy Van der Laan: **Geheimhoudingsplicht octrooigemachtigden** (voor publicatie bewerkte versie)

Datum: mei 2021

Deze memo betreft een schriftelijk advies over (kort gezegd) de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht van octrooigemachtigden, in het bijzonder in het geval dat een bank of andere derde informatie vraagt over cliënten, hun opdrachten en betalingen.

Achtergrond

De Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) verplicht financiële instellingen tot het doen van onderzoek naar hun cliënten en het melden van ongebruikelijke transacties¹. In dat kader komt het regelmatig voor dat een octrooigemachtigde (of organisatie van octrooigemachtigden) door zijn of haar bank wordt bevraagd over specifieke betalingen. Een volledig antwoord daarop betekent dat details moeten worden prijsgegeven over cliënten, hun opdrachten en betalingsgedrag. De octrooigemachtigde heeft echter een geheimhoudingsplicht die is neergelegd in de wet en de gedragsregels. Er is dus een evidente spanning tussen (enerzijds) de informatiebehoefte van de bank en (anderzijds) de geheimhoudingsplicht van de octrooigemachtigde. Deze spanning kan de relatie tussen de octrooigemachtigde en de bank onder druk zetten, waarbij de octrooigemachtigde het risico loopt dat de bank (bij onvoldoende respons) de dienstverleningsrelatie opzegt.

Een lid van de Orde van Octrooigemachtigden heeft aan de voorzitter van de Raad van Toezicht gevraagd over dit onderwerp een mening te formuleren. De Raad heeft input verzocht voor het vormen en onderbouwen van een mening over dit onderwerp aan de hand van vier gedetailleerde vragen die hieronder worden weergegeven en beantwoord.

De adviesvraag ziet volgens de instructie niet op transacties die een octrooigemachtigde reeds zelf zou moeten melden onder de Wwft. Wij merken voor de volledigheid op dat onzeker is of überhaupt een dergelijke meldingsplicht onder de Wwft bestaat voor octrooigemachtigden².

Geheimhoudingsplicht: wettelijk kader

De geheimhoudingsplicht van octrooigemachtigden is neergelegd in de volgende bepalingen:

Rijksoctrooiwet 1995, artikel 23 b lid 4:

Tenzij bij of krachtens wet anders is bepaald, is een octrooigemachtigde of een persoon die onder zijn verantwoordelijkheid werkzaam is, verplicht tot geheimhouding van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt. Deze verplichting blijft bestaan na beëindiging van de desbetreffende werkzaamheden.

¹ Art. 2a Wwft

² Het beroep van octrooigemachtigde staat niet in de lijst van meldingsplichtige instellingen van art .1a Wwft. Wel genoemd worden "natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen die in de uitoefening van een aan dat van advocaat, notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris gelijksoortig juridisch beroep of bedrijf de in onderdeel c of d genoemde werkzaamheden verrichten"; De Belastingdienst meent kennelijk dat octrooigemachtigden niet meldingsplichtig zijn, zie <https://www.amlc.nl/wp-content/uploads/2018/02/Witwassen-met-patenten-website-versie.pdf>.

Gedragsregels voor Octrooigemachtigden artikel 4 (a)

Een Lid betracht volstrekte geheimhouding over informatie van vertrouwelijke aard waarvan het Lid de vertrouwelijkheid kent of redelijkerwijze behoort te kennen en die het in zijn hoedanigheid van octrooigemachtigde heeft ontvangen, tenzij het Lid van zijn geheimhoudingsplicht is ontslagen.

Wetboek van Strafrecht artikel 272:

- 1. Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.*
- 2. Indien dit misdrijf tegen een bepaald persoon gepleegd is, wordt het slechts vervolgd op diens klacht.*

Vraag 1: Taak voorzitter bij invulling geheimhoudingsplicht

Vraag:

Is het aan de Vz. van de Raad van Toezicht om in geval dat een lid een vraag heeft over geheimhouding een mening ex. Art. 7.d van de Gedragsregels te geven, terwijl deze geheimhouding ook expliciet in de wet zelf is opgenomen?

Antwoord:

Ja, voor zover de vraag ziet op naleving van art. 4 (a) van de Gedragsregels.

Toelichting:

Het is van belang hier duidelijk onderscheid te maken tussen wettelijke normen en gedragsrechtelijke normen. De normen van art. 23b lid 4 ROW 1995 en art. 4 (a) Gedragsregels betreffen materieel hetzelfde (geheimhouding) maar zijn verschillend geformuleerd en elk onderdeel van een ander soort recht.

Het tuchtrecht heeft een eigen en bijzondere plaats naast het civiele en het strafrecht. De Gedragsregels voor octrooigemachtigden en het toezicht daarop door de Raad van Toezicht vormen zogenaamd wettelijk tuchtrecht, met als grondslag art.113 Grondwet en de artt. 23f en 23n-x ROW 1995. Dergelijk wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren heeft, aldus de Hoge Raad³, *“in de eerste plaats tot doel, kort gezegd, in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. Het tuchtrecht komt tot gelding in een tuchtprocedure waarin, in het algemeen naar aanleiding van een klacht van een belanghebbende, wordt onderzocht of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming met deze norm heeft gehandeld en, zo dit niet het geval is, een maatregel kan worden opgelegd.”* Zie hierover bijvoorbeeld ook AG Langemeijer in zijn conclusie bij een latere zaak over het notaristuchtrecht⁴: *“De tuchtrechter heeft niet tot taak het vaststellen van de rechtsverhouding naar*

³ Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690, r.o. 3.3

⁴ Conclusie AG Langemeijer van 3 juni 2016, ECLI:NL:PHR:2016:471; gevolgd in Hoge Raad 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51

burgerlijk recht tussen klager en beklagde. De bevoegdheid tot het ambtshalve opleggen van een tuchtmaatregel is gericht op een algemeen belang: de bewaking van de integriteit van de beroepsgroep en de kwaliteit van de beroepsuitoefening. Het heeft kenmerken van een zuivering (beslissen wie toegang kan krijgen tot een vertrouwensfunctie en wie daaruit wordt verwijderd), maar ook punitieve elementen. Daarmee zit dit tuchtrecht ergens tussen het burgerlijk recht, het bestuursrecht en het strafrecht in". In het verlengde hiervan geldt als vaste rechtspraak dat toewijzing van een tuchtklacht niet vanzelfsprekend betekent dat ook sprake is van civielrechtelijke aansprakelijkheid; bij de beoordeling worden immers andere maatstaven gehanteerd⁵.

Hieruit volgt, naar onze mening, dat de vraag of een octrooigemachtigde handelt in strijd met art. 4 (a) van de Gedragsregels niet (geheel) samenvalt met de vraag of hij of zij handelt in strijd met art. 23b lid 4 ROW 1995, ook al betreffen beide bepalingen de plicht tot geheimhouding. Daar komt nog bij dat (zoals gezegd) de bepalingen verschillend zijn geformuleerd; daarbij is met name van belang dat art. 23b lid 4 ROW1995 geheimhouding eist van "al hetgeen waarvan [de octrooigemachtigde] uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt" terwijl gedragsregel 4 (a) een nadere begrenzing aanbrengt door te spreken van "*informatie [...] waarvan het Lid de vertrouwelijkheid kent of redelijkerwijze behoort te kennen*".

Voor beide normen geldt overigens dat overtreding een strafbaar feit kan opleveren onder art. 272 WvSr⁶.

De octrooigemachtigde die twijfelt over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zoals neergelegd in gedragsregel 4 (a) heeft er uiteraard belang bij daarover een mening van de (voorzitter van de) Raad van Toezicht te vragen (hij of zij kan immers tuchtrechtelijk worden aangesproken), en heeft ook recht daarop gelet op regel 7 (d):

Een Lid heeft het recht om de Voorzitter van de Raad van Toezicht een mening te vragen over de toelaatbaarheid volgens deze Gedragsregels van enige handeling welke het Lid voorstelt te doen of te sanctioneren. Een dergelijke mening is niet bindend voor de Raad van Toezicht, doch heeft tot gevolg dat het Lid dat het advies heeft opgevolgd in de desbetreffende aangelegenheid geacht wordt te goeder trouw te zijn, voor zover de feiten en omstandigheden dezelfde waren als in het verzoek om advies naar voren werden gebracht.

De andere kant van de medaille is uiteraard dat de voorzitter van de Raad van Toezicht zich alleen hoeft uit te laten over de gedragsnorm en niet tevens over art. 23b lid 4 ROW 1995. Daarmee blijft hij ook binnen het hem toebedeelde domein van het tuchtrecht. Uitleg of toepassing van art. 23b lid 4 ROW 1995 is aan de civiele rechter en niet aan de Raad van Toezicht.

Dat neemt niet weg dat de civiele rechter wel belang zal hechten aan de mening van de voorzitter en/of de Raad van Toezicht bij de toepassing van art. 23b lid 4 ROW 1995. Er is veel rechtspraak over de vraag in hoeverre de civiele rechter bij het invullen van zorgvuldigheidsnormen rekening dient te houden met een eerder tuchtrechtelijk oordeel. De Hoge Raad heeft in een reeks van arresten uitgemaakt dat

⁵ HR *ibid.*, r.o. 3.3; recenter HR 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452, r.o. 3.3.2; zie ook A. Hammerstein, Tuchtrecht mag afwijken van burgerlijk recht, WPNR 2012, 6954

⁶ Het artikel verwijst immers onder meer naar geheimhoudingsplichten 'uit hoofde van beroep'; de betreffende beroepsnorm is vervat in gedragsregel 4 (a). Zie naar analogie over de geheimhoudingsplicht van advocaten Tekst & Commentaar Strafrecht, art. 272 Sr, aantekening 12 (a).

de rechter die in een dergelijk geval wil afwijken van het tuchtrechtelijk oordeel, die afwijking in elk geval dient te motiveren⁷. Deze rechtspraak is hier niet zonder meer van toepassing omdat (i) het hier gaat om (slechts) een advies met globale strekking en niet om een tuchtrechtelijke uitspraak in een concreet geval en (ii) de rechter geen (open) zorgvuldigheidsnorm hoeft in te vullen maar direct kan toetsen aan de wettelijke geheimhoudingsplicht van art. 23b lid 4 ROW 1995. Maar gelet op de strekking van de genoemde rechtspraak – afstemming met de beoordeling door de tuchtrechter – menen wij dat de civiele rechter het advies (indien dat wordt aangevoerd) wel in een latere beoordeling zal betrekken.

Wij merken op dat de vervolgvragen betrekking hebben op art. 23b lid 4 ROW 1995. De beantwoording daarvan kan uiteraard behulpzaam zijn maar het advies van de voorzitter ex art. 7 (d) van de Gedragsregels dient uiteindelijk beperkt te blijven tot een invulling van art. 4 (a) van de Gedragsregels. Die invulling is ter beoordeling van de Raad van Toezicht en wordt geacht de normen van de beroepsgroep te reflecteren.

Vraag 2: Welke informatie valt onder de wettelijke geheimhoudingsplicht?

Vraag:

Ervan uitgaande dat er niet bij of krachtens de wet anders is bepaald volgens artikel 23b(4) ROW 1995, betekent dit artikel dat alle werkzaamheden die op een octrooigemachtigdenkantoor door een octrooigemachtigde worden gedaan onder de verplichting tot geheimhouding vallen of alleen werkzaamheden die hij verricht in zijn hoedanigheid als octrooigemachtigde?

In het bijzonder wordt gevraagd of de volgende informatie onder de geheimhoudingsplicht valt:

- *Facturen die worden of zijn verzonden in het kader van aan het werk van een octrooigemachtigde gerelateerde werkzaamheden, of details daaruit (factuurbedragen, geadresseerde van de factuur, etc.)*
- *Betalingsgegevens van binnenkomende betalingen, zoals gegevens over de betalende partij*
- *Gegevens over in welke landen octrooiaanvragen zijn ingediend voordat de octrooiaanvragen in de openbaar toegankelijke registers zijn opgenomen.*
- *Cliëntengegevens in het algemeen, voor zover deze niet in de openbare registers zijn opgenomen*
- *Licentiecontracten en adviezen daarover voor cliënten van de octrooigemachtigde.*

Antwoord en toelichting

De geheimhoudingsverplichting van art. 23b lid 4 ROW 1995 betreft “*al hetgeen waarvan [de octrooigemachtigde] uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt*”. De vraag is dus niet welke werkzaamheden onder de geheimhouding vallen maar of de betreffende informatie is verkregen ‘*uit hoofde van*’ de werkzaamheden als octrooigemachtigde, anders gezegd: ‘in functie’. Voor sommige van de gegeven voorbeelden kan daarover geen discussie bestaan (de landenkeuze voor zover de aanvragen nog niet zijn gepubliceerd, licentiecontracten, adviezen daarover). Voor de andere voorbeelden (de identiteit van de cliënt, betalingsgegevens, facturen en specificaties) is wellicht discussie mogelijk zodat het nuttig is hier dieper op in te gaan.

⁷ Hoge Raad 22 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2452, r.o. 3.3.2, met verwijzing naar eerdere rechtspraak.

In de parlementaire geschiedenis is slechts summere informatie te vinden over de achtergrond van deze bepaling. Het vierde lid bij art. 23b ROW 1995 is geïntroduceerd bij nota van wijziging van 11 juni 2001⁸ waarin ter toelichting het volgende staat:

“In de tweede plaats wordt bepaald dat octrooigemachtigden een plicht tot geheimhouding hebben van hetgeen zij uit hoofde van hun werkzaamheden te weten komen. Advocaten en notarissen hebben een dergelijk beroepsgeheim ook. Bovendien is een dergelijk beroepsgeheim internationaal gebruikelijk: zowel Europese octrooigemachtigden als octrooigemachtigden in de Verenigde Staten kennen een dergelijke verplichting. Als de verplichting niet zou gelden voor Nederlandse octrooigemachtigden zouden deze onder omstandigheden gedwongen kunnen worden bedrijfsgevoelige gegevens openbaar te maken, bijvoorbeeld in een rechtszaak, terwijl octrooigemachtigden uit andere landen van die verplichting verschoond blijven.”

Hieruit blijkt dat de wetgever nadrukkelijk het oog heeft gehad op het creëren van een verschoningsrecht. Volgens vaste rechtspraak kan een dergelijk recht alleen bestaan indien sprake is van een geheimhoudingsplicht. Andersom geldt niet dat in elke geheimhoudingsplicht ook een verschoningsrecht ligt besloten; dat is alleen het geval indien *“uit de bewoordingen, de strekking of de geschiedenis van de desbetreffende bepaling onmiskenbaar duidelijk blijkt dat de voor het aannemen van een dergelijk recht vereiste afweging door de wetgever is verricht*⁹. Hoewel de geciteerde toelichting summier is kan de laatste zin moeilijk anders worden uitgelegd dan dat de wetgever aan de octrooigemachtigde een verschoningsrecht heeft willen toekennen.

Dit is van belang omdat er (buiten het tuchtrecht) nauwelijks rechtspraak is over (schending van) de geheimhoudingsplicht, maar zeer ruime rechtspraak over de reikwijdte van het functionele (want aan het beroep verbonden) verschoningsrecht. Die rechtspraak kan behulpzaam zijn (zij het indirect) bij het nader duiden van de geheimhoudingsplicht.

Het verschoningsrecht betekent kort gezegd dat de geheimhouder zich kan onttrekken aan de wettelijke plicht om te getuigen (art. 218 Sv, art. 165 Rv) of in opdracht van de rechter documenten over te leggen (art. 843a lid 3 Rv). Art. 165 lid 2 Rv kent het verschoningsrecht toe aan personen die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking *“omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd*”. Die laatste woorden sluiten aan bij de zinsnede *“al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt”* van art. 23b lid 4 ROW 1995. In de rechtspraak is echter bijzonder weinig houvast te vinden hoe dit moet worden begrepen of ingevuld. De Bock noemt dit in haar proefschrift over waarheidsvinding in de civiele procedure *‘een lastig criterium’*¹⁰. Fernhout concludeert na een analyse van rechtspraak dat geen algemene regels te geven zijn¹¹. Rammeloo noemt met betrekking tot notarissen het maken van het onderscheid (is de informatie wel of niet in de hoedanigheid van notaris toevertrouwd) *‘best lastig’*¹².

Richting kan wel worden ontleend aan een beschikking van de Hoge Raad die nog altijd als een belangrijke standaard geldt wat betreft het functionele verschoningsrecht, de zogenaamde ‘notaris

⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27 193 (R 1658), nr. 6, p.4

⁹ Hoge Raad 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0997

¹⁰ R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid, 2011, 4.7.8

¹¹ F.J. Fernhout, Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken, 2004, p. 163 e.v.

¹² L.H. Rammeloo, De geheimhoudingsplicht van de notaris, Tijdschrift Tuchtrecht 01-04-2021, afl. 2

Maas'-beschikking uit 1985¹³. Daarin stelt de Hoge Raad onder meer (hier in algemenere termen geparafraseerd):

- de grondslag van het functionele verschoningsrecht is in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden;
- alles waarvan de wetenschap de beroepsbeoefenaar als zodanig is medegedeeld, heeft ook als hem toevertrouwd te gelden.
- bij de vraag wat als aan de beroepsbeoefenaar als toevertrouwd heeft te gelden mag niet een algemeen onderscheid moet worden gemaakt tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens; het verschoningsrecht heeft ten doel cliënten en andere belanghebbenden zekerheid te geven dat zij vrijelijk met de beroepsbeoefenaar kunnen spreken; die zekerheid zou door het maken van zulk een onderscheid op onaanvaardbare wijze worden aangetast.

De Hoge Raad kiest dus een principiële benadering waarin het bewaken van het vertrouwen in de betreffende beroepen prevaleert boven waarheidsvinding. Daarop is de nodige kritiek gekomen, maar nog zeer recent heeft de Hoge Raad deze lijn bevestigd¹⁴. In dat laatste arrest heeft de Hoge Raad ook (opnieuw) bevestigd dat personen die de beroepsbeoefenaar bijstaan een afgeleid verschoningsrecht hebben; of dat recht ook moet worden ingeroepen is ter beoordeling van de beroepsbeoefenaar¹⁵.

Wij menen dat uit deze rechtspraak over de grondslag en het bereik van het functionele verschoningsrecht is af te leiden dat de grenzen van hetgeen onder de geheimhoudingsplicht valt in beginsel ruim moeten worden getrokken. De cliënt (en ook de potentiële cliënten langs de zijlijn) moeten er immers op kunnen vertrouwen dat bijstand en advies krijgen zonder te hoeven vrezen voor openbaarmaking, en zonder zich zorgen te hoeven maken over een mogelijk verschil tussen meer of minder vertrouwelijke gegevens. Dit pleit ervoor om alle in de vraag genoemde voorbeelden te beschouwen als informatie die de octrooigemachtigde in zijn hoedanigheid van octrooigemachtigde heeft verkregen en dus geheim dient te houden.

Daarbij gelden in elk geval de volgende kanttekeningen:

- het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht zijn niet absoluut; in uitzonderlijke omstandigheden zal het moeten wijken voor de waarheidsvinding;
- het voorafgaande is gebaseerd op de veronderstelling dat het beroep van octrooigemachtigde op lijn wordt gesteld met de klassieke vertrouwensberoepen (zoals uit de wetshistorie lijkt te volgen); daarover valt echter zeker te twisten; als in de rechtspraak of door de wetgever zou worden uitgemaakt dat de octrooigemachtigde een andere, eigen positie heeft dan valt de parallel met de rechtspraak over klassieke geheimhouders niet te trekken en dienen de grenzen van de geheimhoudingsplicht waarschijnlijk strakker te worden getrokken.

Het voorafgaande betrof de wettelijke geheimhoudingsplicht van art. 23b lid 4 ROW 1995. De uitleg van gedragsregel 4 (b) valt daar niet vanzelfsprekend mee samen (zie vraag 1). Het is aan de Raad van

¹³ Hoge Raad 1 maart 1985, NJ 1986/173; zie ook W.D.H. Asser in Asser Procesrecht/Asser 3 2017/125

¹⁴ Hoge Raad 3 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:600, r.o. 3.2.2

¹⁵ Ibid. 3.2.5

Toezicht (en in hoger beroep aan het Gerechtshof) om deze regel toe te passen en daarbij te interpreteren. In één oudere beslissing heeft de Raad van Toezicht reeds uitgemaakt dat de octrooigemachtigde die mededelingen doet aan derden over het betalingsgedrag van een cliënt handelt in strijd met zijn geheimhoudingsplicht¹⁶. Ook hier werd dus aangenomen dat de geheimhoudingsplicht een ruime strekking heeft en verder gaat dan informatie met betrekking tot de inhoudelijke werkzaamheden.

Wij hebben geen uitputtende analyse gedaan van het tuchtrecht voor andere geheimhouders, maar vonden in het medisch tuchtrecht (waar de beroepsuitoefening evident niet ziet op financiële kwesties) een uitspraak waarin ook financiële informatie werd begrepen onder de geheimhoudingsplicht¹⁷. In de advocatuur is onomstreden dat ook de identiteit van de cliënt in beginsel geldt als vertrouwelijk; dit is zelfs geëxpliciteerd in de gedragsregels¹⁸.

Vraag 3:

- 3. A. Zijn er wetten of gedelegeerde regelgeving ('bij of krachtens de wet') op grond waarvan een bancaire instantie of verzekeraar zich kan beroepen om de verplichting tot geheimhouding ex. art. 23b(4) opzij te kunnen zetten;*
- B. Moeten een dergelijke wet of regelgeving een Nederlandse wet/regelgeving zijn?*
- C. Is de bancaire instantie of verzekeraar verplicht de expliciete wet en bepaling aan te geven waarop zij zich beroept om de geheimhoudingsplicht opzij te zetten?*
- D. Moet de octrooigemachtigde de gronden waarop de bancaire instantie of verzekeraar zich beroept, indien die wordt aangegeven, zelfstandig onderzoeken?*
- E. Wat kan een octrooigemachtigde doen als hij niet zeker is van of twijfelt aan de grond waarop de bancaire instantie of verzekeraar zich beroept?*
- F. Mag de bancaire instantie of verzekeraar geheime informatie die van de octrooigemachtigde afkomstig is op grond van art. 23b(4) ROW1995 verder delen?*

Antwoord en toelichting

Zoals bekend – en recent veelvuldig in de media – vervullen banken (en in mindere mate verzekeraars) een belangrijke functie in het maatschappelijk verkeer. Doordat deze partijen toegang bieden tot het financiële stelsel, wordt ook wel gesteld dat zij een poortwachtersrol vervullen. In het kader van deze poortwachtersfunctie dienen financiële instellingen te voorkomen dat de integriteit van het financiële stelsel wordt aangetast, doordat hun dienstverlening wordt misbruikt voor malafide doeleinden zoals het witwassen van gelden met een criminele herkomst of het financieren van terrorisme.¹⁹

¹⁶ Beslissing van 5 juli 2005

¹⁷ Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam, 30 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:65

¹⁸ Gedragsregels Advocatuur, regel 3 lid 1

¹⁹ Zie voor meer achtergrond tevens de 'Algemene Leidraad Wwft' van de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid, te raadplegen op <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2020/07/21/algemene-leidraad-wet-ter-voorkoming-van-witwassen-en-financieringen-van-terrorisme-wwft>.

De Wwft – die een implementatie vormt van een niet aflatende stroom aan Europese richtlijnen op dit onderwerp²⁰ – bevat het regelgevend kader waarbinnen banken en verzekeraars uitvoering geven aan deze verplichting, dat in feite uiteen valt in twee aspecten die wij hieronder kort zullen benoemen.

Financiële instellingen dienen hun cliënten allereerst te screenen door middel van het zogeheten cliëntenonderzoek, of client due diligence (CDD).²¹ Het hoofddoel van het cliëntenonderzoek is – kort samengevat – dat financiële instellingen weten (a) met wie zij zaken doen, (b) waarvoor de zakelijke relatie gebruikt wordt, en (c) dat de instelling dit ook doorlopend op een risicogebaseerde wijze controleert.²² Daarnaast moeten financiële instellingen doorlopend de transacties van hun cliënten monitoren. In geval van ongebruikelijke transacties, dienen zij deze bij de bevoegde autoriteit te melden.²³

Het onderzoek dat instellingen dienen te verrichten is risico-gebaseerd. Dit houdt in dat hoewel instellingen ten aanzien van al hun cliënten moeten voldoen aan het door de Wwft gegeven kader, de intensiteit waarmee zij dat doen kan variëren naar gelang het risico(profiel) van de betrokken cliënt. Deze opzet van de Wwft brengt mee dat financiële instellingen hierbij een grote eigen verantwoordelijkheid dragen; zij dienen zelf een risicobeleid op te stellen en te hanteren, en voor iedere (potentiële) cliënt te bepalen in welke risicocategorie deze valt. Het cliëntenonderzoek, welke informatie daarbij benodigd is en opgevraagd dient te worden, en eventuele mitigerende maatregelen kunnen vervolgens op deze risico-indeling aangepast worden.²⁴

Het voorgaande brengt ons bij de gestelde vragen; te weten welke bevoegdheden financiële instellingen hebben om van hun cliënten bepaalde informatie op te vragen om aan hun verplichtingen onder de Wwft te voldoen. En, in het bijzonder, de vraag of financiële instellingen ook de bevoegdheid hebben om van professionele geheimhouders – zoals octrooigemachtigden op grond van art. 23b lid 4 ROW 1995 – te verlangen dat zij hun geheimhoudingsplicht opzij zetten.

Het antwoord op de gestelde vragen luidt echter – kort gezegd – negatief. Bij de invoering van de Wwft en/of bij de implementatie van de verschillende AML-richtlijnen heeft de wetgever banken en verzekeraars geen wettelijke – ‘bij of krachtens de wet’ – bevoegdheden gegeven om van een cliënt bepaalde informatie te verlangen. Financiële instellingen zijn daarmee poortwachters, maar hebben geen opsporingsfunctie en -bevoegdheden. Dit geldt overigens ongeacht de hoedanigheid van de cliënt en of op hem een professionele geheimhoudingsplicht rust.

Dat het voorgaande op gespannen voet staat met de verplichtingen van financiële instellingen onder de Wwft, is evident. Zoals hierboven uiteengezet rust op financiële instellingen een wettelijke plicht om maatregelen te treffen ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Instellingen moeten bijzondere aandacht besteden aan het (doorlopend) monitoren van transacties en het verrichten van cliëntenonderzoek. Een correcte uitvoering van deze poortwachtersfunctie brengt vanzelfsprekend mee

²⁰ Meest recent de vierde anti-witwasrichtlijn (EU) 2015/849), ook bekend als ‘AML4-richtlijn’. Overigens is deze meer omvattende richtlijn sinds implementatie alweer verder aangevuld en gewijzigd door richtlijnen (EU) 2018/843 (‘AML5’) en 2018/1673 (‘AML6’).

²¹ Artt. 3-11 Wwft.

²² Vgl. de ‘DNB Leidraad Wwft en Sw’ van De Nederlandsche Bank, te raadplegen op <https://www.dnb.nl/media/dzicity20/dnb-leidraad-wwft-en-sw.pdf>, in het bijzonder par. 2.5.

²³ In geval van banken; de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU).

²⁴ Voor een niet-limitatieve opsomming van de bij deze beoordeling relevante geachte factoren, zie par. 3.1-3.3 van voornoemde DNB Leidraad Wwft en Sw.

dat een financiële instelling – in voorkomende gevallen – aanvullende informatie zal willen inwinnen bij cliënten over bepaalde handelingen / transacties.

Indien een financiële instelling op basis van het cliëntenonderzoek tot de conclusie komt dat een bestaande of potentiële cliënt een te hoog risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt, is het instelling op grond van de Wwft verboden met die partij een zakelijke relatie aan te gaan, c.q. is de instelling verplicht deze te verbreken.²⁵ Dit geldt ook indien het cliëntenonderzoek om welke reden dan ook niet volledig uitgevoerd kan worden, en de instelling niet zorgvuldig kan vaststellen wie haar cliënt is en/of welk doel de (voorgenomen) zakelijke relatie heeft. In beide gevallen moet de dienstverlening worden stopgezet en mogen geen transacties meer worden uitgevoerd.²⁶

Hoewel een octrooigemachtigde – en een cliënt in het algemeen – aldus niet verplicht kan worden bepaalde informatie af te dragen aan een financiële instelling, zal een naar het oordeel van de financiële instelling onvoldoende of onvolledig antwoord op gestelde vragen kunnen leiden tot het beëindigen van de relatie.²⁷ De recent verscherpte aandacht voor en handhaving van anti-witwasmaatregelen heeft ontegenzeggelijk een bepaalde mate van risico-aversie gecreëerd bij financiële instellingen; ongebruikelijke of als ‘lastig’ bestempelde klantengroepen worden sneller geweigerd en/of wordt de deur gewezen, ook wanneer daar niet direct een concrete aanleiding voor lijkt te zijn.²⁸ Een factor die daarbij mogelijk ook een rol kan spelen, is dat banken doorgaans weinig tot geen economisch belang hebben bij een cliënt die enkel betaalrekeningen en -verkeer afneemt. Als een dergelijke cliënt(groep) geen aanvullende diensten zoals kredieten afneemt, maar wel een – naar het oordeel van de bank – verhoogd risico met zich brengt, bestaat het risico dat afscheid wordt genomen eenvoudigweg omdat men die klant het veronderstelde risico in economische zin niet waard vindt. Het gevolg hiervan is echter dat ook volledig bonafide ondernemingen in toenemende mate moeite hebben om een bankrekening te openen c.q. te onderhouden bij de Nederlandse grootbanken. Dit is een knelpunt in de huidige regelgeving dat in de praktijk inmiddels regelmatig tot problemen leidt bij financiële instellingen, en waarover door (aspirant-)cliënten ook veelvuldig wordt geprocedeerd, aangezien toegang tot een betaalrekening voor ondernemingen van levensbelang is.²⁹

Gezien de geheimhoudingsplicht waar octrooigemachtigden aan zijn gebonden, is een oplossing voor dit probleem niet eenvoudig te construeren. Indien een financiële instelling geen genoegen neemt met een algemene toelichting op de door de octrooigemachtigde verrichte werkzaamheden, en de verstrekking van algemene, niet onder de geheimhoudingsplicht vallende informatie in antwoord op informatieverzoeken, is de enige oplossing om met de instelling in contact te treden om de specifieke positie van de octrooigemachtigde en de reden voor het weigeren van het verstrekken van stukken nader toe te lichten. Daarbij is natuurlijk van belang dat de instelling een beter begrip krijgt voor de

²⁵ Art 5 lid 3 Wwft.

²⁶ Zie tevens par. 4.4. van de DNB Leidraad Wwft en Sw.

²⁷ Hooguit zal een financiële instelling bij de (vrijwillige maar gezien de geheimhoudingsplicht beperkte) beantwoording van vragen vanuit de instelling rekening kunnen houden met de geheimhoudingsplicht, verplicht is een instelling hiertoe echter niet.

²⁸ De Europese Bankenautoriteit (EBA) onderzoekt inmiddels signalen dat banken uit voorzorg hele groepen klanten niet meer bedienen; zie hiervoor o.m. publicaties van het Financieel Dagblad; <https://fd.nl/beurs/1355840/bankenautoriteit-vreest-dat-witwasregels-doel-voorbij-schieten-sle1cao5ooSX>; en <https://fd.nl/beurs/1362254/streng-witwascontroles-banken-problematisch-voor-randgevallen-sle1cao5ooSX>

²⁹ Ter illustratie; Gerechtshof Amsterdam 3-11-2020 [ECLI:NL:GHAMS:2020:2937](https://ecli.nl/GHAMS:2020:2937) – waarin Rabobank een relatie beëindigt vanwege het niet afdoende antwoorden op gestelde vragen, en de vraag wanneer de bank dit mag (en moet) doen. Doorgaans gaat het echter om tot op zekere hoogte ‘onwillige’ cliënten, en niet om professionele geheimhouders.

bijzondere aard van het betalingsverkeer dat via de octrooigemachtigde loopt (met dikwijls vele kleinere betalingen in meerdere landen ten behoeve van het octrooierproces); een werkwijze die wellicht – onnodig – aanleiding geeft tot risicomeldingen in het systeem van de instelling.

Op enige wijze zal de betrokken financiële instelling overtuigd moeten worden dat de werkzaamheden van de octrooigemachtigde niet tot een (te hoog) risico voor de instelling leiden, en dat de dienstverlening kan worden voortgezet. Indien de instelling daarbij aangeeft aanvullende informatie nodig te hebben, zal per geval moeten worden beoordeeld of die kan worden verstrekt. Indien de betreffende informatie onder de geheimhoudingsplicht valt, dient men dit te weigeren tenzij de betrokken cliënt akkoord gaat met verstrekking ervan, al dan niet in geanonimiseerde vorm.

Wij kunnen ons voorstellen dat het nuttig en effectief is om het hiervoor geschetste knelpunt vanuit de Orde van Octrooigemachtigden in brede zin onder de aandacht te brengen bij de betrokken banken. Dit zou via individuele banken kunnen, of via de band van de overkoepelende Nederlandse Vereniging van Banken (NVB).³⁰ De NVB zou de situatie van de octrooigemachtigden – idealiter met een oplossing voor de geconstateerde problemen - vervolgens onder de aandacht van haar leden kunnen brengen, eventueel met betrokkenheid van toezichthouder DNB.

Vraag 4:

Dient een octrooigemachtigde de Nederlandse belastingdienst informatie te verstrekken op grond van wetten of gedelegeerde regelgeving ex. art 23b(4) die anders onder de geheimhoudingsplicht van de octrooigemachtigde zou vallen? Zo ja, welke wet of regelgeving is dit en zijn ten aanzien van de belastingdienst de antwoorden op vragen 2 en 3B-3F anders?

Antwoord en toelichting

De fiscale wetgeving (met name de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen en de Invorderingswet) legt – kort gezegd – de algemene plicht op aan een ieder om aan de fiscus desgevraagd informatie te verstrekken. Voor zogenaamde ‘administratieplichtigen’ geldt dat ook met betrekking tot informatie ten behoeve van de invordering of belastingheffing van derden (art. 62 IW en art. 53 AWR). Administratieplichtig in de zin van art. 52 AWR zijn onder meer rechtspersonen en natuurlijke personen die een bedrijf of beroep uitoefenen, dus ook octrooigemachtigden en kantoren van octrooigemachtigden. Uit deze regels volgt dat de octrooigemachtigde in beginsel aan de fiscus desgevraagd informatie over cliënten dient te verstrekken.

Zowel de AWR als de IW bevatten een specifieke bepaling die de positie van een aantal met name genoemde geheimhouders regelt wat betreft informatieverschaffing over derden:

Art. 53a lid 1 AWR:

Voor een weigering om te voldoen aan de verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden kunnen alleen bekleeders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn.

Art. 63 IW:

Voor een weigering om te voldoen aan de verplichtingen ten behoeve van de invordering van derden kunnen alleen bekleeders van een geestelijk ambt, notarissen, advocaten, artsen en apothekers zich beroepen op de omstandigheid, dat zij uit hoofde van hun stand, ambt of beroep tot geheimhouding verplicht zijn.

Een functioneel verschoningsrecht voor andere beroepen – waaronder dat van de octrooigemachtigde – is gelet op deze formulering klaarblijkelijk niet bedoeld. De octrooigemachtigde wordt overigens ook niet genoemd in de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen.

Gelet op deze specifieke wetgeving menen wij dat de octrooigemachtigde tegenover de fiscus in beginsel dient te voldoen aan informatieverzoeken die zien op belastingheffing of invordering ten aanzien van derden. De redenering uiteengezet onder vraag 2 – waar wij rechtspraak over ‘klassieke geheimhouders’ betrokken bij de beantwoording – gaat in deze context dus niet op.
