

Handleiding voor advocaten bij onderzoek door bestuursrechtelijke toezichthouders

november 2018

Voorwoord algemeen deken

De algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten heeft tijdens zijn vergadering van 5 november 2018 de 'Handleiding voor advocaten bij onderzoek door bestuursrechtelijke toezichthouders' vastgesteld.

De algemene raad is dank verschuldigd aan de leden van de werkgroep die de totstandkoming van deze handleiding hebben gerealiseerd.

De werkgroep bestond uit:

- prof. mr. T. Barkhuysen (Stibbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht Universiteit Leiden);
- mr. E. van Liere (Van Doorne Advocaten, Notarissen, Fiscalisten);
- mr. E.K.L. van den Bosch (beleidsadviseur NOvA);
- mr. dr. N.A.M.E.C. Fanoy (adviseur NOvA);
- drs. N. Hupkes MSc (manager beleid & regelgeving NOvA).

In de handleiding worden de kaders geschetst voor advocaten hoe te handelen in geval van een onderzoek door bestuursrechtelijke toezichthouders. De handleiding ziet niet op het toezicht dat de deken op advocaten uitoefent. De handleiding biedt geen uitputtend overzicht van toepasselijke bepalingen, maar beoogt wel een praktische leidraad te zijn.

Den Haag, 5 november 2018

B.J.R. van Tongeren
algemeen deken

Inhoudsopgave	pagina
1. Inleiding	3
2. Wettelijk kader	4
2.1 Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht	4
2.2 Bestuursrechtelijk toezicht	6
2.3 De hoedanigheid van advocaat	7
2.4 De rol van de deken	8
3. Onderzoek toezichthouder bij de advocaat	9
3.1 Onderzoek ten kantore van de advocaat, gericht op de cliënt	9
3.1.1 Binnenkomst	9
3.1.2 Richtlijnen bij aanvang van het onderzoek	10
3.1.3 Vorderen van inlichtingen, vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden	11
3.1.4 Schriftelijke informatievordering	14
3.2 Onderzoek gericht op de advocaat	14
3.2.1 Algemeen	14
3.2.2 Onderzoek naar eigen belastingheffing advocaat	14
4. Onderzoek toezichthouder bij de cliënt of een derde	16
4.1 Instructies aan cliënten	16
Bijlage: een praktisch stappenplan ingeval toezichthouders voor de deur van kantoor staan	18

1. Inleiding

Deze handleiding is bedoeld voor de advocaat in de zin van de Advocatenwet¹ die geconfronteerd wordt met een onderzoek door bestuursrechtelijke toezichthouders.²

Een dergelijk onderzoek vergt een zorgvuldige afweging van belangen. Aan de ene kant is er het belang van de toezichthouder aan wie ter controle van de naleving van wet- en regelgeving diverse toezichts- en onderzoeksbevoegdheden zijn toegekend. Aan de andere kant is er het belang van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat dat bij de uitoefening van deze bevoegdheden in het gedrang kan komen.

In deze handleiding worden handvatten gegeven ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht. Om een zorgvuldige belangenafweging door de advocaat te ondersteunen is een belangrijke rol weggelegd voor de deken van de orde van advocaten in het arrondissement waar de advocaat kantoor houdt (hierna: de deken).

In paragraaf 2 geven wij het wettelijk kader summier weer en wordt nader ingegaan op het belang en het doel van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht (2.1 en 2.2). We gaan kort in op de hoedanigheid van de advocaat (2.3) en op de rol van de deken (2.4).

Ook wordt aandacht besteed aan de spanning die kan ontstaan tussen enerzijds de medewerkingsplicht ten aanzien van vorderingen van een toezichthouder die kan worden afgedwongen door het opleggen van bestuursrechtelijke sancties en anderzijds het recht van de advocaat om met een beroep op het verschoningsrecht het verlenen van medewerking aan een bestuursrechtelijke vordering te weigeren.

In paragraaf 3 wordt stapsgewijs een leidraad gegeven voor de situatie van een onderzoek bij de advocaat, waaronder begrepen een schriftelijke informatievordering. In de kaders wordt het stappenplan nader toegelicht, mede aan de hand van relevante wet- en regelgeving en jurisprudentie.

Paragraaf 4 geeft handvatten voor de advocaat indien een onderzoek van de toezichthouder plaatsvindt bij de cliënt of een derde.

Het als bijlage bij deze handleiding opgenomen praktisch stappenplan biedt een compact overzicht van de in de voorgaande paragrafen uitgewerkte stappen.

¹ De advocaat die staat ingeschreven op het Nederlandse tableau.

² Bij toezichthouders valt te denken aan de Belastingdienst, de Autoriteit Consument & Markt (ACM), de Autoriteit Financiële Markten (AFM), de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT), de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) en de Nederlandsche Bank (DNB). Zie ook de [Handleiding advocaten bij strafrechtelijke doorzoeking](#) indien een bestuursrechtelijk onderzoek wordt gecombineerd met een strafrechtelijk onderzoek.

2. Wettelijk kader

2.1 Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht

Geheimhoudingsplicht

De geheimhoudingsplicht van de advocaat is wettelijk verankerd in artikel 11a Advocatenwet:³

1. *Voor zover niet bij wet of bij verordening van het college van afgevaardigden anders is bepaald, is de advocaat ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn beroepsuitoefening als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht. Dezelfde verplichting geldt voor medewerkers en personeel van de advocaat, alsmede andere personen die betrokken zijn bij de beroepsuitoefening.*
2. *De geheimhoudingsplicht, bedoeld in het eerste lid, blijft voortbestaan na beëindiging van de beroepsuitoefening of de betrekking waarin de werkzaamheden zijn verricht.*

Deze geheimhoudingsplicht wordt in de Advocatenwet slechts doorbroken in verband met het toezicht door de deken (artikel 45a, derde lid), een vooronderzoek door de tuchtrechter (artikel 46m, derde lid) en een onderzoek van een rapporteur in de zin van artikel 60c (artikel 60d, eerste lid).⁴

Ook in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) kan de geheimhoudingsplicht van advocaten worden doorbroken. Naast doorbreking in het kader van het toezicht door de deken zijn advocaten verplicht onder omstandigheden een ongebruikelijke transactie te melden bij de FIU-Nederland. Deze meldingsplicht ontstaat wanneer een advocaat een bepaalde dienst verleent (artikel 1a, vierde lid, onderdeel c, van de Wwft) en in dat kader met een ongebruikelijke transactie wordt geconfronteerd. Op grond van artikel 18a Wwft is de advocaat bij het doen van een melding van een ongebruikelijke transactie niet gehouden aan de geheimhoudingsplicht van artikel 11a van de Advocatenwet.

Regel 3 van de gedragsregels 2018 vult de inhoud en omvang van de geheimhoudingsplicht nader in. Op grond van regel 29 van de gedragsregels 2018 kan de advocaat zich ook in een tuchtrechtelijk onderzoek jegens de deken – behoudens bijzondere gevallen – niet op zijn geheimhoudingsplicht beroepen.

Opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht kan overtreding van artikel 272 Sr opleveren.

Het beroepsgeheim van de advocaat wordt ook beschermd op grond van het EVRM. In de jurisprudentie van het EHRM wordt het belang van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat benadrukt en de noodzaak ervan voor de vertrouwensband tussen advocaat en cliënt. De dubbele grondslag voor de bescherming van het beroepsgeheim wordt gevonden in artt. 6 en 8 EVRM.⁵ Ook in de rechtspraak van het HvJ EU heeft het beroepsgeheim van de advocaat de

³ NB: De passage in het eerste lid: 'of bij verordening van het college van afgevaardigden' verdwijnt waarschijnlijk in de loop van 2019 uit de wetstekst.

⁴ In het geval de deken als toezichthouder kennis neemt van vertrouwelijke informatie, geldt voor hem en eventuele medewerkers jegens derden een geheimhoudingsplicht gelijk aan die van de advocaat (artikel 45a, derde lid Advocatenwet). Hetzelfde geldt voor de vooronderzoeker als bedoeld in artikel 46m, derde lid Advocatenwet en voor de rapporteur als bedoeld in artikel 60d, eerste lid Advocatenwet.

⁵ Zie bijvoorbeeld: EHRM 16 december 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1800 (*Niemietz t. Duitsland*). EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, NJ 2009, 508 (*André e.a. t. Frankrijk*). EHRM 6 december 2012, ECLI:NL:XX:2012:BZ0945 (*Michaud t. Frankrijk*).

status van een fundamenteel algemeen rechtsbeginsel. De vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt 'dient immers het in alle lidstaten als belangrijk erkende vereiste, dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben en alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, onafhankelijk juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft'.⁶

Verschoningsrecht

In het verlengde van de geheimhoudingsplicht ligt het professionele verschoningsrecht van de advocaat. Dit betekent onder meer dat waar de geheimhoudingsplicht wordt doorbroken ook het verschoningsrecht niet meer geldt. Kort gezegd houdt dit verschoningsrecht in dat een advocaat het recht heeft om tegenover iedereen, ook tegenover de rechter, zijn geheimhoudingsplicht jegens de cliënt gestand te doen.

Het professionele verschoningsrecht als uitzondering op de getuigplicht in het bestuursrecht is neergelegd in artikel 8:33, derde lid Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁷ Daarnaast wordt het belang dat door het verschoningsrecht wordt gediend beschermd in een aantal specifieke wettelijke bepalingen, waaronder bepalingen die betrekking hebben op het uitoefenen van bestuursrechtelijk toezicht.

Doel en grondslag geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht

De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht beschermen de, voor de goede rechtsbedeling van wezenlijk belang geachte, vertrouwelijkheid tussen advocaat en cliënt. Voor het goed kunnen uitoefenen van het beroep van advocaat wordt het van cruciaal belang geacht dat cliënten alles in volle openheid kunnen uitwisselen met hun advocaat. De MvT bij het wetsontwerp van artikel 11a Advocatenwet bepaalt hierover het volgende:⁸

“Alleen dan kan de advocaat alle mogelijkheden en risico’s in een zaak naar behoren inventariseren en wegen en kan hij in volle omvang beslissingen nemen over de aanpak van een zaak of de in te nemen procespositie. (...) Zonder vertrouwelijkheid komt adequate rechtshulpverlening en een goede rechtsbedeling in het gedrang.”

De achterliggende gedachte hierbij is ook dat cliënten die een bepaalde kwestie voorleggen aan een advocaat slechts het achterste van hun tong kunnen laten zien als ze kunnen rekenen op vertrouwelijkheid. Voorkomen moet worden dat de cliënt uit angst voor openbaarheid bepaalde relevante feiten niet deelt, die nodig zijn voor een goede juridische advisering en bijstand.

Voor de grondslag en het doel van het professionele verschoningsrecht is de *Notaris Maas*-beschikking van de Hoge Raad uit 1985 richtinggevend.⁹ In deze uitspraak overwoog de Hoge Raad dat het professionele verschoningsrecht *“een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel is, waarop onafhankelijk van een wettelijke regeling een beroep kan worden gedaan. Dit rechtsbeginsel brengt met zich mee, dat bij bepaalde vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.”*

⁶ AM&S/Commissie, HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, ECLI:EU:C:1982:157, par. 18.

⁷ Zie artikel 165, tweede lid, onder b Rv (voor civiele zaken) en artikel 218 Sv (voor strafzaken).

⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 382, nr. 3, p. 11.

⁹ HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

Het maatschappelijk belang van gegarandeerde vertrouwelijke communicatie met bepaalde vertrouwenspersonen (waaronder advocaten) prevaleert dus boven het maatschappelijk belang van de waarheidsvinding.

Het professionele verschoningsrecht dient niet zozeer het individuele belang van de cliënt maar in de eerste plaats een algemeen maatschappelijk belang. Als het gaat om advocaten geldt dat dit belang is gelegen in het garanderen van onbelemmerde rechtshulp aan de rechtzoekende. Met rechtshulp wordt zowel bijstand in rechte als juridische advisering bedoeld.¹⁰

Het verschoningsrecht is niet absoluut. Er kunnen zich namelijk '*zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap als zodanig aan de verschoningsgerechtigde is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht*'.¹¹ Ten aanzien van de advocaat zijn in de jurisprudentie dergelijke zeer uitzonderlijke omstandigheden aangenomen als een advocaat wordt verdacht van ernstige strafbare feiten, bijvoorbeeld bij het vormen van een crimineel samenwerkingsverband van een advocaat met zijn cliënten.¹²

2.2 Bestuursrechtelijk toezicht

Bestuursrechtelijke toezichtbevoegdheden kunnen worden uitgeoefend onafhankelijk van de vraag of er een 'verdenking' is dat wetgeving is overtreden. Het gaat om bevoegdheden ter controle van de naleving van wet- en regelgeving.

De Awb bevat algemene toezicht- en onderzoeksbevoegdheden (titel 5.2 Awb), die kunnen worden uitgeoefend door personen die bij of krachtens wettelijk voorschrift zijn belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift; de toezichthouders (artikel 5:11 Awb).

Daarnaast bevat een groot aantal bijzondere wetten specifieke controle- en toezichtbevoegdheden en daarmee corresponderende wettelijke verplichtingen voor degenen die daarmee geconfronteerd worden. Onder omstandigheden kan dat een advocaat zijn. De advocaat die geconfronteerd wordt met bestuursrechtelijk toezicht dient zich te allen tijde te vergewissen van eventuele in bijzondere wetgeving afwijkende bepalingen ten opzichte van de algemene toezicht- en onderzoeksbevoegdheden in de Awb.

Relevante bevoegdheden krachtens de Awb zijn de bevoegdheid elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner (artikel 5:15), de algemene bevoegdheid inlichtingen te vorderen (artikel 5:16), inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden alsmede kopieën te maken (artikel 5:17). Deze bevoegdheden kunnen eventueel onaangekondigd worden aangewend ten kantore van de advocaat.

¹⁰ Ten aanzien van het door advocaten uitvoeren van interne feitenonderzoeken in opdracht van en bij cliënt bestaat discussie of deze werkzaamheden onder alle omstandigheden voldoen aan 'juridische advisering'. Zie voor een uitspraak waarbij de rechtbank aannam dat in casu geen sprake was werkzaamheden met het oog op juridische advisering: Rb. Den Haag 14 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:248.

¹¹ Zie o.a. HR 14 oktober 1986, NJ 1987/490; HR 30 november 1999, NJ 2002/438. Een uitzondering geldt echter voor de advocaat in dienstbetrekking, zie kader onder paragraaf 4.

¹² Zie bijv. HR 30 november 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD7280; HR 14 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4418. In HR 1 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1565 werd met name doorslaggevend geacht of de verdenking van de advocaat samenhangt met de kern van de werkzaamheden van de advocaat en of het vertrouwen van de samenleving in de beroepsuitoefening wordt aangetast.

In zijn algemeenheid geldt dat een toezichthouder slechts van zijn bevoegdheden gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (het evenredigheidsvereiste).¹³

Belangrijk is de medewerkingsverplichting ten aanzien van vorderingen van toezichthouders. Artikel 5:20, eerste lid, Awb bepaalt: *‘Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden’*.

Voor advocaten en andere functionele geheimhouders is in artikel 5:20, tweede lid, Awb een uitzondering opgenomen ten aanzien van de medewerkingsverplichting:¹⁴ *‘Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit’*.

Het op onjuiste gronden niet meewerken aan een vordering van een toezichthouder is strafbaar gesteld in artikel 184 Sr. Daarvan kan sprake zijn als een advocaat ten onrechte een beroep doet op het verschoningsrecht, bijvoorbeeld omdat hij niet ‘in hoedanigheid’ werkzaam is geweest (zie hierna onder 2.3). Het voldoen aan de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid, Awb kan, indien bij bijzondere wet uitdrukkelijk in deze mogelijkheid wordt voorzien, bovendien worden afgedwongen door middel van het opleggen van een bestuurlijke maatregel c.q. sanctie, zoals een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.

De advocaat dient zich bewust te zijn van een mogelijke sfeerovergang tussen de ‘toezichtfase’ en de ‘handhavingfase’. Een handhavingsonderzoek kan gevolgen hebben voor het zwijgrecht en het uitgangspunt dat iemand niet hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling (artikel 6 EVRM). Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen (artikel 5:10a, eerste lid Awb). Voor het verhoor moet aan de betrokkene de cautie worden gegeven dat hij niet verplicht is tot antwoorden (artikel 5:10a, tweede lid Awb). De cautieplicht bestaat wanneer naar objectieve maatstaven door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van een verhoor met het oog op de oplegging van een bestraffende sanctie. Als de cautie ten onrechte achterwege blijft, kan de verklaring van de betrokkene in de regel niet worden gebruikt als bewijs voor de feiten die aan de sanctie ten grondslag worden gelegd.¹⁵

2.3 De hoedanigheid van advocaat

Discussies die met een toezichthouder kunnen ontstaan ten aanzien van het uitoefenen van toezicht- en onderzoeksbevoegdheden zullen zich vaak toespitsen op de vraag of de advocaat wel in hoedanigheid is benaderd of werkzaam is geweest. Het professionele verschoningsrecht – en de uitzondering op de medewerkingsverplichting - geldt immers slechts ten aanzien van hetgeen aan de advocaat ‘in zijn hoedanigheid is toevertrouwd’.¹⁶

¹³ Artikel 5:13 Awb.

¹⁴ Het recht om medewerking te weigeren heeft niet alleen betrekking op de toezichtbevoegdheden van titel 5:2 Awb, maar ook op toezichtbevoegdheden die in bijzondere wetten zijn toegekend. Zie bijv. artikel 1:74 tweede lid Wft, artikel 12 g eerste lid Instellingswet ACM. Zie voorts de in artikel 53a, eerste lid AWR genoemde uitzondering als sprake is van een heffingsverzoek van de Belastingdienst betreffende een cliënt op grond van artikel 53 AWR en zie artikel 63 AWR als het gaat om informatieverstrekking met betrekking tot de inning van belastingen.

¹⁵ AB RvS 27 juni 2018, ECLI:NL:RvS:2018:2115.

¹⁶ Zie artikel 165, tweede lid, onder b Rv en in vergelijkbare bewoordingen artikel 218 Sv.

Volgens de Hoge Raad kan een advocaat zich slechts op het verschoningsrecht beroepen met betrekking tot de wetenschap die hij 'in de normale beroepsuitoefening' heeft verkregen. Dat wil zeggen in het kader van zijn juridische dienstverlening aan een rechtzoekende die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.¹⁷

Een advocaat die een specifieke functie vervult, zoals het optreden als bestuurder van een vennootschap of als curator, handelt niet in hoedanigheid van advocaat.¹⁸ Als er sprake is van het invoegen van de advocaat in de cc-regel van een e-mail of het laten deelnemen van een advocaat aan een bespreking met geen ander doel dan de inhoud van de e-mail of van de bespreking onder de vertrouwelijkheid van de communicatie te brengen behoeft er evenmin sprake te zijn van 'toevertrouwen in hoedanigheid van advocaat'.¹⁹ Bovendien wordt aangenomen dat indien een advocaat op verzoek van of in samenspraak met zijn cliënt het plegen van (ernstige) strafbare feiten faciliteert, de in deze context tussen advocaat en cliënt gewisselde communicatie niet wordt beschermd omdat dan sprake is van misbruik van het verschoningsrecht.²⁰

De vraag of een advocaat in hoedanigheid werkzaam is geweest is met name van belang voor de vraag of een advocaat met recht een beroep kan doen op artikel 5:20, tweede lid, Awb. Het inwinnen van het advies van de deken ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht kan bijdragen aan een zorgvuldige belangenafweging bij de beslissing van de advocaat om wel of niet mee te werken aan het onderzoek.

2.4 De rol van de deken

De aanwezigheid van de deken is in het geval van bestuursrechtelijk toezicht vooralsnog niet voorgeschreven. Gelet op de op het spel staande belangen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht verdient het aanbeveling de deken in te schakelen ingeval een advocaat, al dan niet in dienstbetrekking, geconfronteerd wordt met een onderzoek door bestuursrechtelijke toezichthouders. Voor de deken kan dan een belangrijke rol weggelegd zijn als procesbewaker, vergelijkbaar met de rol die de deken inneemt bij een strafrechtelijke doorzoeking. De deken kan tevens door de advocaat worden geconsulteerd voor advies ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht; de deken treedt echter niet op als raadsman voor de advocaat. De deken kan met name een belangrijke rol spelen bij discussies met de toezichthouder over de vraag of bepaalde informatie in de beroepsuitoefening als advocaat is toevertrouwd en waar het gaat om voorgenomen maatregelen die kunnen leiden tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, zoals een last onder dwangsom.

Tegelijkertijd is de deken te allen tijde ook de toezichthouder op advocaten, waarbij hij een functionele geheimhoudingsplicht heeft.²¹

¹⁷ HR 12 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526, r.o. 5.3.3. HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3258, r.o. 3.3

¹⁸ Zie bijv. F.J. Fernhout, *Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken* (diss. Maastricht), Maastricht: Uitgeverij Gianni 2004, p. 198; N.A.M.E.C. Fanoy, *De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat* (diss. Amsterdam), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2018, p. 215.

¹⁹ Cf. HR 26 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:110 en zie HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1018. Zie ook de toelichting bij regel 3 Gedragsregels 2018.

²⁰ Zie bijv. T. Prakken & T. Spronken (red.), *Handboek Verdediging*, Deventer: Kluwer 2009, p. 109; T. Bertens & F. Vellinga-Schootstra, 'Grondslagen en strafprocessuele gevolgen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de arts, advocaat en notaris', in: F. Eggermont e.a., *Preadviezen 2013* (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van Nederland en België), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 197. Zie ook concl. Vellinga voor HR 30 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5611. Zie ook concl. A-G Jörg voor HR 10 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0526. Zie voor andere voorbeelden waarin de hoedanigheid van de advocaat ter discussie kan staan het kader onder 3.1.3.

²¹ Tegenover de deken als toezichthouder kan een advocaat zich niet beroepen op zijn geheimhoudingsplicht en is artikel 5:20 tweede lid, Awb niet van toepassing.

3. Onderzoek toezichthouder bij de advocaat

3.1 *Onderzoek ten kantore van de advocaat, gericht op de cliënt*

3.1.1 *Binnenkomst*

1. De receptiemedewerker dient, indien een toezichthouder zich meldt in het kader van een bestuursrechtelijk onderzoek, onmiddellijk de betrokken advocaat, of indien afwezig een kantoorgenoot te waarschuwen.²²
2. De receptiemedewerker vraagt de toezichthouder om een legitimatiebewijs en vraagt hem wat het doel van het onderzoek is.²³
3. De advocaat of zijn kantoorgenoot c.q. waarnemer schakelt de deken in. De advocaat vraagt de komst van de deken af te wachten.
4. Indien de betrokken advocaat afwezig is, dient deze onmiddellijk telefonisch in kennis te worden gesteld en moet de advocaat gevraagd worden zich bij het onderzoek te voegen.
5. De receptiemedewerker of waarnemer mag geen inhoudelijke mededelingen doen aan de toezichthouder.
6. De receptiemedewerker leidt de toezichthouder (en indien aanwezig de deken) naar een wachtruimte van het kantoor. De waarnemer vraagt de komst van de advocaat af te wachten.
7. Indien de verantwoordelijk advocaat niet in het kantoor aanwezig is, verzoekt een collega de toezichthouder te wachten met de aanvang van het onderzoek totdat de verantwoordelijk advocaat aanwezig is. Indien dit niet mogelijk is, dient de kantoorgenoot bij het onderzoek aanwezig te zijn. In ieder geval dient alles in het werk gesteld te worden de betrokken advocaat telefonisch in contact te brengen met de deken en de toezichthouder.

- In het geval een bestuursrechtelijk onderzoek wordt uitgevoerd in het kantoor van een advocaat is de aanwezigheid van de deken vooralsnog niet voorgeschreven. Voor de deken kan echter een belangrijke rol weggelegd zijn als procesbewaker, vergelijkbaar met de rol die de deken inneemt bij een strafrechtelijke doorzoeking. Gelet op het algemeen belang dat gediend is met een juiste toepassing van het verschoningsrecht is het raadzaam de komst van de deken af te wachten. De deken kan door de advocaat, al dan niet in dienstbetrekking, worden geconsulteerd voor advies ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht; de deken treedt echter niet op als raadsman voor de advocaat.²⁴
- Voor het binnentreden in de woning van de advocaat in het kader van een bestuursrechtelijk onderzoek is op grond van artikel 5:15 Awb de toestemming van de

²² Het gaat hier om een toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb.

²³ Artikel 5:12 Awb

²⁴ Zie hiervoor onder 2.4.

advocaat vereist, tenzij dat in een formele wet anders is geregeld. Bijvoorbeeld bij toezicht uitgeoefend door de ACM is voor het binnentreden van de woning van de advocaat geen toestemming vereist, mits een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris strafzaken van de rechtbank Rotterdam is verkregen (artikel 12 c t/m f Instellingswet ACM).

3.1.2 Richtlijnen bij aanvang van het onderzoek

8. Spreek zo mogelijk eerst de deken en sta daarna de toezichthouder te woord.
9. Zorg dat er één of meer getuige(n), bijvoorbeeld (een) kantoorgeno(o)t(en) of waarnemer, aanwezig is/zijn en vraag aantekeningen te maken.
10. Vraag naar de naam en de functie van de toezichthouder(s). Maak daarvan aantekeningen.
11. Vraag naar het legitimatiebewijs van de toezichthouder(s). Maak zo mogelijk een (digitale) kopie van het legitimatiebewijs.²⁵
12. Vraag bij aanvang van het onderzoek naar een duidelijke en concrete opgave van het doel en de wettelijke basis van het onderzoek en de aan te wenden bevoegdheden. Maak daarvan aantekeningen.
13. Indien het onderzoek niet een van uw cliënten betreft maar u zelf als voorwerp van onderzoek wordt aangemerkt, zie hierna 3.2.
14. Weiger expliciet om vrijwillig medewerking te verlenen aan het onderzoek, tenzij u direct kunt beoordelen a) wat men zoekt of welke informatie men verlangt en b) dat hetgeen men zoekt of de informatie die men verlangt niet onder uw geheimhouding valt.
15. Voor het overige kunt u slechts tot een heroverweging komen ingeval u daartoe strekkende toestemming hebt van uw cliënt en u zelfstandig vaststelt dat het in het belang van uw cliënt is om vrijwillig informatie te verstrekken.

- Het is primair de advocaat die de verantwoordelijkheid draagt om te beoordelen of het in het belang van zijn cliënt is om, met toestemming van zijn cliënt, eventueel informatie naar buiten te brengen. Ook als een cliënt de advocaat ontslaat van zijn geheimhoudingsplicht behoudt de advocaat wat dat betreft een eigen verantwoordelijkheid.²⁶ De advocaat zal bij zijn beslissing ook moeten letten op het grotere belang, bijvoorbeeld het vertrouwen in de advocatuur. Het verschoningsrecht is immers niet zozeer gegeven in het individuele belang van de cliënt, maar in het maatschappelijke belang van de onbelemmerde rechtshulp.²⁷ Ook indien de cliënt eventueel toestemming geeft om vrijwillig medewerking te verlenen aan het onderzoek, dient de advocaat dus zelfstandig af te wegen of hij zijn toestemming verleent en

²⁵ Zie artikel 5:12 Awb.

²⁶ Zie HR 6 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5554; HR 7 juni 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9067. Zie ook regel 3 Gedragsregels 2018.

²⁷ Zie *Notaris Maas*-beschikking, HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066.

heeft de advocaat het recht deze medewerking met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht te weigeren.²⁸

- De advocaat dient er rekening mee te houden dat een toezichthouder onder dreiging van sancties druk kan uitoefenen om te voldoen aan de medewerkingsplicht van artikel 5:20 eerste lid Awb. Tussen de advocaat en de toezichthouder kan verschil van inzicht ontstaan over de reikwijdte van het verschoningsrecht en de vraag of een advocaat terecht een beroep doet op artikel 5:20, tweede lid Awb (zie paragraaf 2.2 en 2.3 voor dit spanningsveld en de consequenties van het op onjuiste gronden niet voldoen aan de medewerkingsplicht van artikel 5:20, eerste lid Awb). Het inwinnen van het advies van de deken ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht kan bijdragen aan een zorgvuldige belangenafweging bij de beslissing van de advocaat om al dan niet mee te werken aan het onderzoek (zie paragraaf 2.4).
- De advocaat dient zich bewust te zijn van een mogelijke sfeerovergang tussen de 'toezichtfase' en de 'handhavingsfase' of de opsporingsfase. Een handhavingsonderzoek kan gevolgen hebben voor het zwijgrecht van de advocaat en de cautieplicht van het bestuursorgaan (zie hierover nader paragraaf 2.2).

3.1.3 Vorderen van inlichtingen, vorderen van inzage van zakelijke gegevens en bescheiden

16. Vraag om een duidelijke en concrete opgave van de wettelijke basis en het doel van de aan te wenden bevoegdheden. Waar richt het onderzoek zich precies op? Welke bevoegdheden worden ingezet en waarom? Maak daarvan aantekeningen.
17. U moet als advocaat zelf als eerste de gelegenheid kunnen krijgen om, eventueel met behulp van de deken, te bepalen of de mogelijk ter inzage te nemen voorwerpen c.q. dossiers, stukken of gegevens(dragers) behoren tot datgene waartoe uw geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht zich uitstrekken. Verzoek daarom bijvoorbeeld de ter inzage gevorderde voorwerpen c.q. dossiers of stukken zelf uit de (archief-)kast te kunnen halen, zij het onder protest van gehoudenheid hiertoe. Maak dan, zo nodig, een kopie van het dossier. Ook de inhoud van gegevens in geautomatiseerde werken en andere digitale gegevensdragers dient eerst door de advocaat en de deken te kunnen worden uitgelezen, waarbij de beoogde selectie en eventuele schifting in het kader van de functionele geheimhouding kan plaatsvinden.
18. Maak bezwaar tegen eventuele inzage en het kopiëren van voorwerpen en gegevens die behoren tot datgene waartoe uw geheimhoudingsplicht zich uitstrekt en doe expliciet een beroep op uw geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht (nadere motivering is niet vereist). Maak op dezelfde grond bezwaar tegen onderzoek en kennisneming van (gegevens in) geautomatiseerde bestanden alsmede andere digitale gegevensdragers met een beroep op uw geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht.
19. Indien de toezichthouder ter controle van uw stelling dat het gaat om geprivilegieerde correspondentie aangeeft bepaalde stukken vluchtig c.q. oppervlakkig te willen inzien, en u van oordeel bent dat zelfs het vluchtig c.q. oppervlakkig inzien het vertrouwelijke

²⁸ Indien de cliënt bijvoorbeeld in het kader van self-reporting eventuele integriteitsincidenten wil of moet melden aan de relevante toezichthouder is een zorgvuldige afstemming tussen advocaat en cliënt vereist.

karakter van de gegevens kan schaden, dient u hiertegen eveneens bezwaar te maken. Leg het bezwaar vast.

20. Maak in dat geval eveneens bezwaar indien de toezichthouder aangeeft kopieën van de gevorderde gegevens (al dan niet in een gesloten envelop) mee te willen nemen om voor te leggen aan een functionaris verschoningsrecht bij de betreffende toezichthouder. Maak uw bezwaar schriftelijk kenbaar aan een eventuele functionaris verschoningsrecht.²⁹ Win bij verschil van inzicht over de reikwijdte van het verschoningsrecht het advies van de deken in.
21. Indien de hoeveelheid dossiers en/of stukken dan wel gegevensdragers te omvangrijk is om ter plekke te beoordelen, spreek dan af dat (kopieën van) de stukken en gegevensdragers verzegeld worden meegenomen naar het kantoor van de deken en daar worden bewaard in een kluis, zodat u samen met de deken op een later tijdstip de beoogde selectie en eventuele schifting kunt maken.
22. Denk ook aan de geheimhoudingsplicht voor uw medewerkers en/of eventueel door u ingeschakelde deskundigen. Zij hebben op grond van artikel 11a, eerste lid Advocatenwet eveneens een geheimhoudingsplicht.³⁰

Bevat een dossier gegevens afkomstig van een andere functioneel geheimhouder zoals een notaris of arts, ook al is deze niet rechtstreeks door u ingeschakeld, dan zal ook ten aanzien van die gegevens het verbod hiervan kennis te nemen door autoriteiten in acht moeten worden genomen, in overeenstemming met het regiem dat voor een bestuursrechtelijk onderzoek bij deze geheimhouders geldt. Beoordeel, al dan niet in overleg met deken, of het noodzakelijk is naast de toezichthouder ook de betreffende geheimhouder en/of de vertegenwoordiger van de betreffende beroepsgroep hiervan in kennis te stellen.

23. Geef in geen enkel geval zonder toestemming van uw (voormalige) cliënt vrijwillig inzage in voorwerpen c.q. dossiers, stukken of gegevens(-dragers), tenzij u zonder twijfel kunt vaststellen dat een en ander niet onder uw verschoningsrecht valt.

- De bevoegdheid om inlichtingen te vorderen is geregeld in artikel 5:16 Awb en het vorderen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden is geregeld in artikel 5:17 Awb. Voor deze en andere, in bijzondere wetgeving aan een toezichthouder toegekende, bevoegdheden geldt dat de toezichthouder van deze bevoegdheden slechts gebruik mag maken voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is (evenredigheidsbeginsel, artikel 5:13 Awb). Dit houdt onder meer in dat de toezichthouder aan de betrokkene een redelijke termijn moet geven waarbinnen deze aan een vordering zou moeten meewerken en dat de toezichthouder aan de betrokkene ook de reden moet meedelen waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik maakt.
- De aard van de bevoegdheid tot verschoning brengt mee dat het oordeel over de vraag of brieven, geschriften of digitale gegevens onder het verschoningsrecht vallen in beginsel toekomt aan de advocaat. Een beroep op het verschoningsrecht behoeft niet gehonoreerd te worden ingeval er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat bepaalde informatie

²⁹ Zie over de functionaris verschoningsrecht het kader onderaan 3.1.3.

³⁰ Tevens komt hen een afgeleid verschoningsrecht toe.

niet is toevertrouwd in de hoedanigheid van advocaat.³¹ Het is in beginsel niet aan anderen dan de advocaat, de deken en/of de rechter om hierover te oordelen. Dit is om te voorkomen dat bij de beantwoording van de vraag of terecht een beroep op het verschoningsrecht wordt gedaan toch geopenbaard wordt wat geheim diende te blijven.³²

- Het professionele verschoningsrecht geldt ten aanzien van hetgeen aan de advocaat in zijn hoedanigheid is toevertrouwd. Het begrip 'toevertrouwd' wordt ruim uitgelegd. Het gaat dan in principe om alle informatie die een advocaat bij de uitoefening van zijn werkzaamheden verkrijgt dan wel uitwisselt met (betrekking tot) de cliënt. Een advocaat komt in dat geval een verschoningsrecht toe in het kader van zijn juridische dienstverlening aan degene die zich tot hem heeft gewend vanwege zijn hoedanigheid van advocaat.³³
- Zie paragraaf 2.3 voor voorbeelden van situaties waarin een advocaat niet in hoedanigheid optrad. Andere voorbeelden zijn: het door de cliënt "dumpen" van zijn bedrijfsadministratie bij de advocaat met het uitsluitende oogmerk om de administratie buiten het zicht van de relevante toezichthouder te houden, zonder dat van de advocaat enige juridische meerwaarde wordt verwacht;³⁴ het door de advocaat beheren van een bankrekening voor de cliënt of het enkele optreden als trustee.
- In de meeste gevallen zal het bij een bestuursrechtelijk onderzoek bij de advocaat gaan om een derdenonderzoek door de Belastingdienst. Een derdenonderzoek is een onderzoek in de administratie van een administratieplichtige over een derde, bijvoorbeeld een cliënt. Administratieplichtigen hebben een informatieplicht ook ten behoeve van de belastingheffing bij derden.³⁵ Bij een dergelijk derdenonderzoek kan de advocaat zijn medewerking weigeren met een beroep op het verschoningsrecht (artikel 53a AWR). Uit de parlementaire toelichting blijkt dat ook in de context van deze bepaling voor het antwoord op de vraag of de advocaat met betrekking tot bepaalde informatie een beroep kan doen op het verschoningsrecht bepalend is of de informatie hem in hoedanigheid is toevertrouwd.³⁶
- Andere toezichthouders (ACM, AFM) hebben één of meer functionarissen verschoningsrecht met als taak het toezien op de juiste toepassing van het recht op geprivilegieerde communicatie tussen advocaat en cliënt (zie in dit verband de Werkwijze ACM geheimhoudingsprivilege advocaat 2014, *Stcrt.* 2014, nr. 3991; ACM Werkwijze voor onderzoek in digitale gegevens 2014, *Stcrt.* 2014, nr. 3993; Werkwijze AFM inzien en kopiëren van digitale gegevens, *Stcrt.* 2011, nr. 3119). Het verdient de voorkeur dat bij een verschil van inzicht over de reikwijdte van het verschoningsrecht het oordeel van de deken wordt ingewonnen.
- Indien de toezichthouder, ondanks het beroep van de advocaat op het verschoningsrecht, volhardt in zijn verzoek om inzage in bepaalde stukken, ligt het op de weg van de advocaat om een civiel kort geding aan te spannen teneinde inzage in geprivilegieerde communicatie tegen te houden. Indien de toezichthouder overgaat tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens het niet voldoen aan de medewerkingsverplichting van artikel 5:20 Awb, kan de advocaat tot wie de last is gericht een voorlopige voorziening

³¹ Zie bijv. HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD1962; HR 10 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3528.

³² *Notaris Maas*-beschikking, r.o. 3.5.

³³ HR 6 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1018.

³⁴ Misbruik van het verschoningsrecht wordt niet beschermd. Als ander voorbeeld kan gedacht worden aan het op verzoek van de cliënt vernietigen van bewijsmateriaal. Indien de advocaat echter stukken uit de bedrijfsadministratie van de cliënt onder zich heeft met het oog op de juridische advisering van cliënt is het verschoningsrecht wel van toepassing; uit de aanwezigheid van deze stukken bij de advocaat kan immers worden afgeleid wat het vertrouwelijke verkeer tussen advocaat en cliënt heeft ingehouden (zie conc. A-G Knigge ECLI:NL:PHR:2015:2567).

³⁵ Artikel 53 AWR. De definitie van administratieplichtigen staat in artikel 52 AWR.

³⁶ *Kamerstukken II*, 1988/89, 21 287, nr. 3, p. 25. Zie hiervoor onder 2.3.

aanhangig maken bij de voorzieningenrechter, nadat hij eerst bezwaar heeft gemaakt (artikel 8:81 Awb).

3.1.4 Schriftelijke informatievordering

24. Indien u van de toezichthouder een schriftelijke vordering tot het verstrekken van informatie ontvangt, dient u zich ervan te vergewissen dat de toezichthouder u een redelijke termijn heeft gegeven waarbinnen u aan de vordering moet voldoen.
25. Vraag naar een duidelijke en concrete opgave van de wettelijke basis en het doel van het onderzoek en van de vordering. Waar richt het onderzoek zich precies op?
26. Weiger expliciet om vrijwillig medewerking te verlenen aan de vordering, tenzij u direct kunt beoordelen dat de informatie die men verlangt niet onder uw geheimhouding valt.
27. Neem tevens de hiervoor genoemde stappen onder 15, 22 en 23 in acht. Het bepaalde in de kaders onderaan 3.1.1, 3.1.2 en 3.1.3 is van overeenkomstige toepassing.

3.2. Onderzoek gericht op de advocaat

3.2.1 Algemeen

28. Het hiervoor gestelde onder 1 t/m 12 is van overeenkomstige toepassing bij een bestuursrechtelijk onderzoek dat gericht is op de naleving van regels door de advocaat, al dan niet in dienstbetrekking van een organisatie zoals bedoeld in artikel 5.9, onderdelen e t/m f Voda. Als uitgangspunt geldt dat de geheimhouding van gegevens omtrent cliënten in ieder geval gewaarborgd dient te blijven.

3.2.2 Onderzoek naar eigen belastingheffing advocaat

29. Als sprake is van een heffingsonderzoek naar de advocaat zelf geldt dat geen beroep kan worden gedaan op het in artikel 53a, eerste lid AWR verankerde verschoningsrecht. Deze bepaling ziet immers uitsluitend op "*verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden*".
30. Wel zijn in dat geval de beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing, waaronder het proportionaliteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. De Belastingdienst dient bij de informatievorderingen acht te slaan op de geheimhoudingsverplichtingen die de advocaat heeft in relatie tot zijn cliënten. Het heffingsonderzoek naar de advocaat zelf dient zo te worden ingericht dat een afdoende controle plaatsvindt waarbij de geheimhoudingsverplichting zo goed mogelijk wordt gerespecteerd.
31. Zorg dat u als eerste in de gelegenheid wordt gesteld om, eventueel met behulp van de deken, een selectie te maken tussen uw eigen financiële dossiers enerzijds en zaakgerelateerde informatie anderzijds. Verzoek daarom bijvoorbeeld de ter inzage gevorderde voorwerpen c.q. dossiers of stukken zelf uit de (archief-)kast te kunnen halen, zij het onder protest van gehoudenheid hiertoe. Maak dan, zo nodig, een kopie van het dossier. Ook de inhoud van gegevens in geautomatiseerde werken en in

digitale gegevensdragers dient eerst door de advocaat en, zo nodig, de deken te kunnen worden uitgelezen, waarbij de beoogde selectie en eventuele schifting kan plaatsvinden.

32. Indien u over de selectie van stukken geen overeenstemming kunt bereiken met de Belastingdienst, zal de Belastingdienst een informatiebeschikking ingevolge artikel 52a AWR kunnen afgeven. Daartegen kunt u rechtsmiddelen aanwenden, zodat (uiteindelijk) de belastingrechter kan bepalen welke onderzoeksmogelijkheden in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur toelaatbaar zijn.

Een en ander betekent dat iedere advocaat een strikte scheiding dient aan te brengen in zijn administratie tussen zijn eigen financiële dossiers enerzijds en zaakgerelateerde informatie anderzijds. Bij gebreke aan een goed onderscheid ontstaat het risico dat de advocaat ten onrechte informatie uit zaakdossiers ter kennis brengt van toezichthouders (op grond van artikel 47 en artikel 52 AWR). Dit kan een schending van de geheimhoudingsplicht van de advocaat opleveren.

4. Onderzoek toezichthouder bij de cliënt of een derde

4.1 *Instructie aan cliënten*

33. U dient uw cliënten, voor zover redelijkerwijs opportuun en mogelijk, voor te bereiden op het eventueel uitoefenen van bestuursrechtelijke onderzoeks- en toezichtbevoegdheden door de voor hen relevante toezichthouders.
34. Wijs uw cliënt er op dat in ieder geval onmiddellijk contact met u wordt opgenomen in het geval een toezichthouder zich bij hem meldt en het onderzoek (mede) betrekking kan hebben op geprivilegieerde informatie. Instrueer uw cliënt de stappen als hiervoor genoemd onder 1 t/m 6 na te leven.
35. Wijs uw cliënt er op bezwaar te maken tegen eventuele inzage en het kopiëren van voorwerpen en (digitale) gegevens waarvan uw cliënt van oordeel is dat die behoren tot geprivilegieerde correspondentie tussen advocaat en cliënt. Laat uw cliënt eveneens bezwaar maken indien de toezichthouder ter controle van de stelling van uw cliënt dat het gaat om geprivilegieerde correspondentie aangeeft bepaalde stukken vluchtig c.q. oppervlakkig te willen inzien.
36. Indien u als advocaat, al dan niet in dienstbetrekking, betrokken wordt bij het onderzoek bij uw cliënt, neemt u de stappen (voor zover van toepassing) als beschreven onder 7 t/m 26 in acht.

- De bescherming van voorwerpen c.q. dossiers, stukken of gegevens(-draggers) die onder de geheimhoudingsplicht vallen is niet gekoppeld aan de plaats waar ze zich bevinden. Ook voorwerpen c.q. dossiers, stukken of gegevens(-draggers) waarover zich de geheimhoudingsplicht uitstrekt en die zich bij de cliënt of bij derden bevinden kunnen onder het verschoningsrecht vallen.³⁷
- De belastingplichtige die zich voor juridisch advies tot een advocaat heeft gewend mag weigeren aan de verplichting van artikel 47 AWR te voldoen. Het gaat hierbij ook weer om de informatie die hij aan de advocaat heeft toevertrouwd met het doel juridisch advies te krijgen. Ook een derde partij, die hierop betrekking hebbende stukken bezit die de belastingplichtige met de advocaat heeft uitgewisseld, mag in beginsel weigeren deze informatie aan de belastinginspecteur te overhandigen.³⁸
- Ingeval van toezicht door de ACM is artikel 12g, eerste lid van de Instellingswet ACM relevant: *Artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op geschriften, gewisseld tussen een marktorganisatie en een advocaat, die zich bij de marktorganisatie bevinden, doch waarop, indien zij zich zouden bevinden bij die advocaat, artikel 5:20, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zou zijn.*³⁹
- Aan dienstverleners die incidenteel door een advocaat worden ingeschakeld, bijvoorbeeld een belastingadviseur of een accountant, is door de HR onder omstandigheden een afgeleid verschoningsrecht toegekend.⁴⁰ Indien geprivilegieerde

³⁷ HR 19 november 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9105; HR 2 maart 2010, ECLI:NL:HR:BJ9262; HR 4 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0004.

³⁸ Zie HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV3426.

³⁹ Zie ook artikel 6b, derde lid, Instellingswet ACM.

⁴⁰ Zie bijv. HR 29 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC9693. HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4402.

stukken zich bij dergelijke dienstverleners bevinden (waaronder het eventueel door hen gegeven advies in opdracht van de advocaat) dienen zij met een beroep op het afgeleide verschoningsrecht bezwaar te maken tegen inzage en kopiëren van deze stukken en contact op te nemen met de advocaat.

- Advocaten in dienstbetrekking bij een onderneming dienen rekening te houden met het zogenaamde Akzo-arrest van het Europese Hof van Justitie.⁴¹ Daar besliste het Hof in een Europese mededingingszaak dat de advocaat in dienstbetrekking van Akzo geen aanspraak kon maken op het verschoningsrecht ten aanzien van communicatie met zijn cliënt, zijn werkgever. De ACM kan in Nederland de Commissie vergezellen wanneer die onderzoek doet op grond van het Europese mededingingsrecht. In dat geval geldt het Akzo-arrest en kan inzage door de advocaat in dienstbetrekking niet worden geweigerd op grond van het verschoningsrecht. Doet de ACM eigen onderzoek, dan kan inzage worden geweigerd op grond van artikel 12 g Instellingswet ACM. Dit geldt ook als de ACM onderzoek doet naar vermoede overtredingen van de Europese mededingingsregels.⁴²
- In een aantal Europeesrechtelijke mededingingszaken aanvaardde het HvJ de volgende procedureregels voor het geval een onderneming bij een inspectieonderzoek van de Commissie met een beroep op *legal privilege* weigert om correspondentie met haar advocaat te overleggen. De onderneming dient bij een meningsverschil over de status van documenten de gemachtigde ambtenaren van de Commissie te voorzien van voldoende gegevens die tot bewijs kunnen dienen van de stelling dat het hier gaat om geprivilegieerde correspondentie.⁴³ De onderneming kan niet worden gedwongen de inhoud van de stukken te onthullen. Voor de bescherming van *legal privilege* maakt het niet uit of de correspondentie zich bij de advocaat of bij het bedrijf bevindt. De bescherming moet ook gelden voor interne nota's die enkel de tekst of de inhoud van die briefwisseling met een onafhankelijke advocaat weergeven.⁴⁴ Indien een onderneming ervan overtuigd is dat sprake is van geprivilegieerde correspondentie, maar hierover van mening verschilt met de Commissie, kan van de onderneming niet worden verlangd de Commissie zelfs maar een vluchtige blik te laten werpen op het betrokken document.⁴⁵ Er wordt al afbreuk gedaan aan de rechten van verweer van de onderneming als kennis wordt genomen van een vertrouwelijk stuk. Interne documenten die binnen de onderneming uitsluitend zijn opgesteld met het oog op het verkrijgen van juridisch advies door een advocaat vallen ook onder *legal privilege*, mits dit doel duidelijk uit de betrokken documenten is af te leiden.
- Gelet op het algemeen belang dat gediend is met een juiste toepassing van het verschoningsrecht is het raadzaam de deken te consulteren voor advies ten aanzien van de reikwijdte van het verschoningsrecht.

⁴¹ HvJ EU 14 september 2010, ECLI:EU:C:2010:512

⁴² Zie HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6101, waaruit volgt dat in zaken waar het niet gaat om mededingingsrechtelijk onderzoek door de Europese Commissie het verschoningsrecht van de advocaat in dienstbetrekking onverkort geldt.

⁴³ AM&S/Commissie, HvJ EG 18 mei 1982, zaak 155/79, ECLI:EU:C:1982:157, par. 29-31.

⁴⁴ Hilti/Commissie, GvEA EG 4 april 1990, nr. T-30/89, *Jur.* 1990, p. II-165.

⁴⁵ Akzo cs. HvJ EU 14 september 2010 (nr. C-550/07 P), ECLI:EU:C:2010:512, par. 82 en 123.

Bijlage: Een praktisch stappenplan ingeval toezichthouders voor de deur van kantoor staan*

- I. De receptiemedewerker waarschuwt onmiddellijk de betrokken advocaat, of indien afwezig een kantoorgenoot.
- II. De betrokken advocaat dan wel zijn kantoorgenoot schakelt onmiddellijk de deken in.
- III. De receptiemedewerker c.q. de advocaat vraagt de toezichthouder om een legitimatiebewijs en vraagt wat het doel en de wettelijke basis van het onderzoek en de aan te wenden bevoegdheden is.*
- IV. Indien de betrokken advocaat niet aanwezig is en evenmin in staat is zich binnen afzienbare termijn naar kantoor te begeven, verzoekt een collega de toezichthouder te wachten met de aanvang van het onderzoek totdat de betrokken advocaat aanwezig is. Indien dit niet mogelijk is, dient de kantoorgenoot bij het onderzoek aanwezig te zijn. In ieder geval dient alles in het werk gesteld te worden de betrokken advocaat telefonisch in contact te brengen met de deken en de toezichthouder.
- V. Zorg dat de toezichthouder in geen geval toegang heeft tot stukken of gegevens voordat u, en eventueel de deken, die gegevens beoordeeld heeft/hebben.
- VI. Zorg dat er één of meer getuige(n), bijvoorbeeld (een) kantoorgeno(o)t(en), aanwezig is/zijn en vraag aantekeningen te maken.
- VII. Weiger expliciet om vrijwillig medewerking te verlenen aan het onderzoek, tenzij u direct kunt beoordelen a) wat men zoekt of welke informatie men verlangt en b) dat hetgeen men zoekt of de informatie die men verlangt niet onder uw geheimhouding valt. Bij twijfel: win advies van de deken in.*
- VIII. Doe in alle andere gevallen een beroep op uw professionele verschoningsrecht. Voor het overige kunt u slechts ingeval u daartoe strekkende toestemming hebt van uw cliënt en u zelfstandig vaststelt dat het in het belang van uw cliënt is om vrijwillig informatie te verstrekken tot heroverweging komen.*
- IX. Maak uitdrukkelijk bezwaar tegen eventuele inzage in en het kopiëren van (voorwerpen en) gegevens die naar uw oordeel onder uw geheimhouding vallen. Bij verschil van inzicht met de toezichthouder: win advies van de deken in.
- X. Indien de hoeveelheid dossiers en/of stukken dan wel gegevensdragers te omvangrijk is om ter plekke te beoordelen, spreek dan af dat (kopieën van) de stukken en gegevensdragers verzegeld worden meegenomen naar het kantoor van de deken en daar worden bewaard in een kluis, zodat u samen met de deken op een later tijdstip de beoogde selectie en eventuele schifting kunt maken.
- XI. Bij de aanwezigheid of inschakeling door de toezichthouder van een functionaris verschoningsrecht: win bij verschil van inzicht over de reikwijdte van het verschoningsrecht het oordeel van de deken in.*
- XII. Indien het onderzoek plaatsvindt bij uw cliënt of bij derden: instrueer uw cliënt dat onmiddellijk contact met u wordt opgenomen. Instrueer uw cliënt zo veel mogelijk de stappen als hiervoor genoemd na te leven. Wijs de door u ingeschakelde derden op het hen toekomende afgeleide verschoningsrecht.*

*Ook relevant bij een schriftelijke informatievordering uit hoofde van artt. 5:16 en 5:17 Awb