

Handleiding voor advocaten en dekens ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij doorzoeking en onderzoek door RC, OM, bijzondere opsporingsambtenaren en/of toezichthouders (met toelichting)

Citation for published version (APA):

Spronken, T. N. B. M., van Liere, E., de Bont, G. J. M. E., Slotboom, M. M., & Mannheims, E. A. M. (2008). *Handleiding voor advocaten en dekens ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij doorzoeking en onderzoek door RC, OM, bijzondere opsporingsambtenaren en/of toezichthouders (met toelichting)*. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Document status and date:

Published: 01/01/2008

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 15 Oct. 2024

**Handleiding voor advocaten en dekens ter
waarborging van de geheimhoudingsplicht en het
verschoningsrecht bij doorzoeking en onderzoek door
RC, OM, bijzondere opsporingsambtenaren en/of
toezichthouders (met Toelichting)**
2008

Vastgesteld door de Algemene Raad
op 2 juni 2008

Voorwoord mr. W.M.J. Bekkers

De Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft tijdens de vergadering van 2 juni 2008 de "Handleiding voor advocaten en dekens ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht bij doorzoeking en onderzoek door RC, OM, bijzondere opsporingsambtenaren en/of toezichthouders (met Toelichting) 2008" vastgesteld.

De Algemene Raad is veel dank verschuldigd aan de leden van de werkgroep die de totstandkoming van deze handleiding hebben gerealiseerd.

De werkgroep bestaat uit:

- Mr. E. van Liere (Simmons & Simmons);
- Prof. mr. T.N.B.M. Spronken (Advocatenpraktijk Universiteit Maastricht);
- Mr. G.J.M.E. de Bont (Hertoghs advocaten-belastingkundigen);
- Mr. M.M. Slotboom (Simmons & Simmons);
- Mw. mr. E.A.M. Mannheims (De Roos & Pen Advocaten).

In de handleiding worden heldere kaders geschetst voor advocaten en dekens hoe te handelen in geval van een doorzoeking dan wel een onderzoek.

Onder dankzegging aan de leden van de werkgroep beveel ik de handleiding van harte onder uw aandacht aan.

W.M.J. Bekkers, deken

Inhoudsopgave

1. Handleiding voor advocaten

1.1. Doorzoeking kantoor en woonhuis advocaat

- 1.1.1. Binnenkomst receptie kantoor
- 1.1.2. Richtlijnen voor de advocaat voorafgaande aan de doorzoeking (zowel in kantoor als in woonhuis)
- 1.1.3. Doorzoeking en inbeslagneming
- 1.1.4. Meningsverschil tussen advocaat/deken en RC
- 1.1.5. Doorzoeking en inbeslagneming bij verdachte advocaat

1.2 Verhoor

- 1.2.1. Verhoor als getuige
- 1.2.2. Verhoor als verdachte

2. Handleiding voor deken

2.1. Doorzoeking en inbeslagneming

2.2. Verhoren van de advocaat

- 2.2.1. Advocaat als getuige
- 2.2.2. Advocaat als verdachte

2.3. Toepassing opsporingsbevoegdheden op (verdachte) advocaat

3. Toelichting op de Handleiding

3.1. Inleiding

3.2. Regelgeving voor advocaten

- 3.2.1. Geheimhoudingsplicht
- 3.2.2. Functioneel verschoningsrecht
- 3.2.3. Inbeslagneming
- 3.2.4. Binnentreden
- 3.2.5. Doorzoeking

3.3. Uitgangspunten bij de Handleiding

3.4. Gegevens verkregen door toepassing van opsporingsbevoegdheden en de vernietigingsplicht ex art. 126aa Sv

3.4.1. Vertrouwelijke informatie als 'bijvangst'

3.4.2. Toepassing opsporingsbevoegdheden op verdachte advocaat

3.5. Bestuursrechtelijk onderzoek

3.5.1. Bestuursrechtelijke bevoegdheden

3.5.2. Procedure bij bestuursrechtelijke bevoegdheden

1. Handleiding voor advocaten

1.1. Doorzoeking kantoor en woning advocaat

1.1.1. Binnenkomst receptie kantoor

1. De receptiemedewerker dient, indien de Rechter-Commissaris (RC) zich, vergezeld van de deken, de officier van justitie en opsporingsambtenaren meldt, onmiddellijk de betrokken advocaat, of indien afwezig een partner te waarschuwen.
2. Indien de betrokken advocaat afwezig is, dient deze onmiddellijk telefonisch in kennis te worden gesteld en wordt de advocaat gevraagd naar kantoor terug te keren.
3. De receptiemedewerker mag geen inhoudelijke mededelingen doen aan de RC, officier van justitie of aan de opsporingsambtenaren.
4. De receptiemedewerker leidt de RC, de deken, de officier van justitie en de opsporingsambtenaren naar een wachtruimte.
5. Indien de betrokken advocaat niet aanwezig is, bespreekt de partner met de deken en de RC of de doorzoeking op een later tijdstip kan plaatsvinden. Indien dit niet mogelijk is, dient de partner bij de doorzoeking aanwezig te zijn.

Op grond van vaste jurisprudentie en afspraken horen in het geval van een doorzoeking van het kantoor of woning van een advocaat een RC en de deken aanwezig te zijn. Alleen in geval van dringende noodzakelijkheid en indien de komst van de RC niet kan worden afgewacht, is de officier van justitie zelf bevoegd de doorzoeking te laten aanvangen (spoeddoorzoeking). Vervolgens zal de situatie bevroren moeten worden totdat de RC, de deken en de advocaat aanwezig zijn.

1.1.2. Richtlijnen voor de advocaat voorafgaand aan doorzoeking zowel in kantoor als in woonhuis

6. Schakel de deken in als deze er niet is.
7. Zorg dat er één of meer getuige(n), bijvoorbeeld kantoorgenoten, aanwezig zijn en vraag hen aantekeningen te maken.
8. De betrokken advocaat staat de RC te woord, nadat hij de gelegenheid heeft gehad met de deken te spreken.
9. Vraag naar naam van de RC c.q. officier van justitie en de functie opsporingsambtenaren c.q. onderzoekers.

10. Vraag naar legitimatie.
11. Vraag een machtiging van de RC of ander bevoegd orgaan, als RC niet aanwezig is (mogelijk bij spoedonderzoek art. 96c lid 2 Sv).
12. Vraag naar doel en wettelijke basis onderzoek. Waar richt het (opsporings-) onderzoek zich precies op?
13. Vraag of u als verdachte wordt aangemerkt. Zo ja, schakel een gespecialiseerde advocaat in die u bijstand kan verlenen.
14. In beginsel (tenzij belang onderzoek dit vordert) wordt u voorafgaande aan een doorzoeking uitgenodigd om het gezochte voorwerp, stuk c.q. de gezochte gegevensdrager met informatie vrijwillig af te geven ter inbeslagneming (art. 99 Sv). Weiger dit, tenzij het volstrekt duidelijk is dat het gaat om een voorwerp van een strafbaar feit. Overleg ook in dat geval eerst met de deken alvorens het voorwerp vrijwillig af te staan.

Als het gaat om één dossier of stuk of voorwerp is het ook mogelijk in dit stadium een doorzoeking te voorkomen als hierbij de afspraken met de RC worden gemaakt zoals vermeld onder 19, inclusief verzegeling en klaagschrift ex art. 552a Sv.

1.1.3. Doorzoeking en inbeslagneming

Indien betrokken advocaat niet aanwezig is, kan de partner zich niet uitlaten over de status van de bescheiden waarvan het voornemen bestaat deze in beslag te nemen. Spreek met de RC af dat de in beslag te nemen stukken zullen worden overhandigd aan de deken, zodat deze op een later tijdstip samen met de betrokken advocaat een standpunt over de status van de bescheiden kan innemen.

15. Weiger expliciet toestemming voor de doorzoeking en inbeslagneming met een beroep op de geheimhoudingsplicht (nadere motivering is niet vereist).
Denk ook aan de afgeleide geheimhoudingsplicht voor uw medewerkers en/of door u ingeschakelde deskundigen.
16. Geef in geen enkel geval zonder toestemming van uw (voormalige) cliënt dossiers, stukken, voorwerpen of gegevens(-dragers) vrijwillig af.

Toestemming cliënt

Indien de cliënt toestemming verleent en toestemming ook in diens belang is, is het de advocaat in beginsel geoorloofd toestemming te geven tot een doorzoeking en/of inbeslagneming. Ook indien de cliënt toestemming verleent, dient de advocaat echter zelfstandig af te wegen of hij zijn toestemming verleent en heeft hij het recht deze te weigeren. Deze plicht tot zelfstandige afweging van de geheimhouder strekt ertoe te voorkomen dat justitie inzicht krijgt in het standpunt van de cliënt, waaruit dan weer eventueel negatieve conclusies ten aanzien van hem/haar zouden kunnen worden getrokken.

Voor toestemming tot de doorzoeking is een uitdrukkelijke wilsverklaring van de advocaat of een door hem aangewezen gemachtigde vereist.

De enkele hoedanigheid van het zijn van kantoorgenoot is onvoldoende om het bestaan van een dergelijke machtiging aan te nemen.

17. Vraag voorafgaand om een duidelijke en concrete beschrijving van de aard van de gezochte stukken/gegevens.
18. U moet zelf als eerste de gelegenheid krijgen om, met behulp van de deken, per dossier of gegevensdrager te bepalen of de in beslag te nemen stukken/gegevens behoren tot datgene waartoe uw geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde functionele verschoningsrecht zich uitstrekt.

Wel onder het verschoningsrecht vallen:

Brieven, andere geschriften, gegevensdragers (floppy discs, magneetbanden en overige gegevensdragers die op eenvoudige wijze leesbaar zijn te maken) en voorwerpen, die de advocaat als zodanig zijn toevertrouwd of door hem zijn opgesteld.

Niet onder het verschoningsrecht vallen:

Stukken, gegevensdragers of voorwerpen die de advocaat in een andere hoedanigheid dan die van advocaat heeft ontvangen (bijvoorbeeld als bestuurder van een vereniging) of stukken, voorwerpen of gegevens (-sdragers) die voorwerp van het strafbare feit uitmaken (bv. origineel vervalst stuk).

19. De gang van zaken is hierbij als volgt:

STUKKEN

- a. De advocaat weigert toestemming tot een doorzoeking en doet, daar waar aan de orde, een beroep op zijn geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht;
- b. In beginsel wordt aan een bevel tot uitlevering geen gevolg gegeven met een beroep op de functionele geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde verschoningsrecht;
- c. In beginsel wordt met dezelfde motivering geen inzage geboden in dossiers en/of stukken die de advocaat in zijn hoedanigheid onder zich heeft;
- d. Wenst de RC/onderzoeker niettemin inzage en/of daarvoor vatbare voorwerpen in beslag te nemen, dan gaat de deken door de stukken en selecteert daaruit – voorzover aanwezig – stukken waarop het verschoningsrecht volgens de deken niet van toepassing is (ter beschikking van de RC/onderzoeker stellen, die deze in beslag neemt);
- e. Indien de hoeveelheid stukken te omvangrijk is om ter plekke te beoordelen spreek dan af dat de stukken/voorwerpen verzegeld worden meegenomen door de deken zodat voormelde schifting in een later stadium kan plaatsvinden.

GEAUTOMATISEERDE BESTANDEN

- f. De advocaat weigert toestemming tot kennisneming van geautomatiseerde bestanden;
- g. Wenst de RC/onderzoeker niettemin medewerking aan een onderzoek in een geautomatiseerd werk dan adviseert de deken of en zo ja in welke mate medewerking verleend dient te worden.
- h. Zonodig kunnen de gegevensdragers door de deken worden meegenomen en verzegeld worden bewaard in een kluis, zodat de advocaat samen met de deken op een later tijdstip een schifting kunnen maken zoals onder punt 18 wordt aangegeven.
- i. Als uitgangspunt voor de kennisneming van de inhoud heeft te gelden dat de gegevensdragers van geautomatiseerde werken (PC's, mobiele telefoons en organisers, usb-sticks, disks, en andere gegevensdragers) eerst door de advocaat en de deken worden uitgelezen, waarbij een selectie kan plaatsvinden zoals hiervoor onder punt 19d wordt aangegeven. Pas daarna worden de gegevens die voor beslagneming vatbaar zijn gekopieerd naar een andere gegevensdrager en aan de RC ter beschikking gesteld. Het kopiëren kan desgewenst worden gedaan door een door de RC te benoemen, niet bij het onderzoek betrokken digitale deskundige.

20. Denk eraan dat de bescherming van documenten/voorwerpen/gegevensdragers die onder de geheimhoudingsplicht vallen niet gekoppeld is aan de plaats waar ze zich bevinden. Ook documenten/voorwerpen waarover zich de geheimhoudingsplicht uitstrekt die zich bij cliënten of derden bevinden of in een auto vallen onder het verschoningsrecht.

1.1.4. Meningsverschil tussen advocaat/deken en RC

21. De deken en de RC kunnen toetsen of de advocaat zich terecht op de geheimhoudingsplicht beroept. Het is primair de advocaat zelf die uitmaakt of stukken of gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen. Slechts indien het standpunt van de verschoningsgerechtigde evident onjuist is, kan en mag inbeslagneming volgen.
22. Ontstaat hierover een meningsverschil met de deken of tussen de deken en de RC, weiger dan uitlevering van desbetreffende dossiers , stukken/ (geautomatiseerde)gegevens met een beroep op uw verschoningsrecht.
23. Sta erop dat het beroep op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht, alsmede het protest tegen een eventueel beslag, in het proces-verbaal van de RC c.q. het rapport van de onderzoekers worden opgenomen.
24. Indien dossiers, stukken of geautomatiseerde gegevensbestanden c.q. gegevensdragers vervolgens in beslag worden genomen, verzoek dan de RC de in beslag genomen voorwerpen ter behoud van rechten te verzegelen tot het moment dat (onherroepelijk) op een klaagschrift ex art. 552a Sv is beslist. Spreek met de RC een termijn af waarbinnen dit klaagschrift zal worden ingediend. Laat e.e.a. vastleggen in het proces-verbaal.

1.1.5. Doorzoeking en inbeslagneming bij verdachte advocaat

25. Er zijn twee te onderscheiden situaties:
 1. De advocaat wordt als verdachte aangemerkt. In beginsel gelden hierbij dezelfde richtlijnen als hiervoor genoemd.
 2. De advocaat wordt verdacht van een zeer ernstig strafbaar feit. Dan geldt dat de RC tezamen met de deken zonder tussenkomst van de advocaat mag kennisnemen van vertrouwelijke informatie die betrekking heeft op het ernstige strafbare feit waarvan de advocaat wordt verdacht.

Op grond van art. 98 lid 2 Sv mogen alleen brieven of geschriften die voorwerp uitmaken van het strafbare feit zonder toestemming van de advocaat in beslag worden genomen. Het is primair de advocaat zelf die uitmaakt of stukken of gegevens onder zijn verschoningsrecht vallen.

Als uitzondering op dit uitgangspunt is in de jurisprudentie uitgemaakt dat *in zeer uitzonderlijke omstandigheden* de waarheidsvinding kan prevaleren voor het verschoningsrecht.

Tot nu toe is dat slechts aangenomen indien *de advocaat zelf* wordt verdacht van een (zeer) ernstig strafbaar feit, zoals deelname aan een criminele organisatie of het samen met een cliënt bewerken van getuigen. In die situatie mag de RC tezamen met de deken zelfstandig – dus zonder tussenkomst van de advocaat – kennisnemen van vertrouwelijke informatie die betrekking heeft op het betrokken strafbare feit waarvan de advocaat verdacht wordt. Ook dan geldt echter dat de advocaat/deken ervoor moet waken dat het verschoningsrecht ten aanzien van andere niet betrokken cliënten wordt gewaarborgd.

26. Het is mogelijk dat u voorafgaande aan de doorzoeking(en) wordt aangehouden. Sta er op dat u aanwezig kunt zijn gedurende de doorzoeking(en).

1.2. Verhoor

26. Laat u niet verhoren gedurende de doorzoeking.
27. Als er sprake is van een verhoor: vraag of u gehoord wordt als
a) getuige *of als*
b) verdachte (zie verder hieronder)
28. Ad a Vraag of uw cliënt van een strafbaar feit wordt verdacht en zo ja, welk strafbaar feit dit is en op basis waarvan is de verdenking gerezen.
- Ad b Vraag of u zelf van een strafbaar feit wordt verdacht en zo ja, welk strafbaar feit dit is en op basis waarvan de verdenking is gerezen.

Let op!

Beide is ook mogelijk: getuige in zaak tegen cliënt en verdachte in eigen zaak. Als er géén sprake is van verhoor: vraag over wie men inlichtingen komt vragen (bijvoorbeeld op grond van art. 53 Algemene wet inzake rijksbelastingen (AWR)). Zie daartoe (meer uitgebreid) ook de Toelichting op deze Handleiding

1.2.1. Verhoor als getuige

29. Als u als getuige wordt gehoord, dient u zich te beroepen op het verschoningsrecht ex art. 218 Sv indien het gaat om wetenschap die u als zodanig is toevertrouwd.
30. U bent niet verplicht als getuige te verschijnen voor een opsporingsinstantie. Weiger altijd een verklaring af te leggen tegenover een opsporingsambtenaar.

31. U bent wel verplicht als getuige voor de RC te verschijnen. U kunt zich per vraag verschonen. U hoeft het beroep op het verschoningsrecht niet nader te motiveren.
32. Informeer altijd de deken zodra u bent opgeroepen als getuige. Bespreek met hem uw positie.
33. Verzoek de deken contact op te nemen met de RC. De deken kan de RC verzoeken de vragen schriftelijk, voorafgaande aan het verhoor op te sturen, zodat hij na overleg met u een schriftelijk standpunt kan innemen.
34. Indien de RC het verhoor doorgang wil laten vinden, zorg er dan voor dat de deken aanwezig is bij het verhoor om zonodig diens standpunt in te winnen bij twijfel of bepaalde informatie onder het verschoningsrecht valt. Daarnaast kunt u zich laten bijstaan door een raadsman.

1.2.2. Verhoor als verdachte

35. Als verdachte heeft u het recht te zwijgen en geen antwoord te geven op vragen. U kunt wel verplicht worden om materiaal dat onafhankelijk van uw wil bestaat te verstrekken.
36. U blijft als verdachte echter ook professioneel verschoningsgerechtigde. Gelet op uw geheimhoudingsplicht kan een dilemma ontstaan indien u ter eigen verdediging ontlastende informatie zou willen verstrekken, die echter onder de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht valt. In beginsel dient ook in deze situatie de geheimhoudingsplicht voorop te staan. Overleg in dit geval met de deken.
37. Laat u bijstaan door een raadsman en verzoek zonodig de aanwezigheid van de deken.

2. Handleiding voor dekens

In de Handleiding voor advocaten is betrokkenheid van de deken bij de diverse onderzoekshandelingen beschreven. Deze Handleiding beoogt aanvullend hierop de taak en rol van de deken te omschrijven en te concretiseren

2.1. Doorzoeking en inbeslagneming

1. U dient over een doorzoeking bij een advocaat tevoren te worden geïnformeerd door het OM/RC, zodat u zorg kunt dragen dat u (en/of een plaatsvervanger) bij de doorzoeking aanwezig kunt zijn (denk ook aan gelijktijdige doorzoeking op advocatenkantoor en in de woning van advocaat).
2. Gedurende deze fase is voor u een belangrijke rol weggelegd als onderhandelaar, om ervoor te zorgen dat de doorzoeking op de minst bezwarende wijze geschiedt.
3. Laat u voorlichten bij het voorafgaande contact met OM/RC over de aard van het onderzoek, of er sprake is van een verdachte advocaat, of sprake is van uitzonderlijke omstandigheden en naar welke voorwerpen/stukken/gegevens(-dragers) er precies gezocht wordt.
4. Indien het gaat om een verdachte advocaat: ga na of er toestemming is gevraagd aan de parketleiding om dwangmiddelen toe te passen c.q. opsporingsbevoegdheden toe te passen op de advocaat en neem zonodig contact op met de betrokken officier van justitie of met de parketleiding, indien u twijfelt aan de proportionaliteit en subsidiariteit van de toegepaste opsporingshandelingen.
5. Laat u informeren of de RC en het OM van mening zijn of sprake is van een uitzonderlijke situatie, zoals bedoeld in de jurisprudentie (zie kader onder punt 32 van deze Handleiding voor dekens).
6. Spreek af dat u (direct voorafgaande aan de daadwerkelijke doorzoeking) kunt overleggen met de betrokken advocaat, zo mogelijk om oplossingen te bewerkstelligen ter voorkoming van een doorzoeking (mogelijkheden van vrijwillige afgifte met toestemming van cliënt), alsmede om de betrokken advocaat de ruimte te geven zich te bezinnen op zijn positie.
7. In (het zeldzame) geval dat u niet tevoren gewaarschuwd bent, wees dan kritisch als gesteld wordt dat voorafgaand contact met u gelet op de spoedeisendheid en het belang van het onderzoek niet mogelijk was. Denk er aan dat het altijd mogelijk is om gebruik te maken van de "bevriezing" ex art. 96 lid 2 Sv in afwachting van de komst van de RC en ook uw komst, als dit nodig zou zijn ter voorkoming van het wegmaken of onbruikbaar maken van

voor inbeslagneming vatbare voorwerpen. Verzoek om die bevroering tot uw komst.

8. Zorg er in dat geval voor dat u en/of een vervanger zo spoedig mogelijk naar het kantoor of het woonhuis van de advocaat gaat als er gemeld wordt dat een doorzoeking plaatsvindt.
9. Uw rol bij doorzoeking op een advocatenkantoor/woonhuis advocaat:
 - a. De advocaat voorlichten over zijn plicht om in beginsel op grond van zijn geheimhoudingsplicht toestemming tot de doorzoeking te weigeren en indien justitie bij doorzoeking voornemens is stukken, voorwerpen of gegevensdragers in beslag te nemen een beroep te doen op zijn verschoningsrecht;
 - b. Indien nodig ter bewaring van de geheimhouding stukken, die de RC in beslag wenst te nemen, te scheiden in stukken die wel en stukken die niet onder de geheimhoudingsplicht en het daaraan gekoppelde functionele verschoningsrecht vallen, zonder dat er voorafgaand aan de schifting kennis wordt genomen van de inhoud door de RC , de officier van justitie of opsporingsambtenaren;
 - c. Overigens ervoor zorg te dragen dat de doorzoeking en de aanwending van bevoegdheden plaatsvinden met inachtneming van de toepasselijke wettelijke bepalingen en jurisprudentie, waarbij de bescherming van het verschoningsrecht voorop dient te staan. De RC leidt de doorzoeking. Indien u bezwaren heeft tegen de wijze van doorzoeking, dient u die te bespreken met de RC. U verzoekt hem de bezwaren op te (laten) nemen in het proces-verbaal.
 - d. Het is niet wenselijk dat de advocaat al tijdens de doorzoeking gehoord wordt, ongeacht of hij getuige of verdachte is. Wijst u de advocaat en de RC hier op.
 - e. Indien de verdachte advocaat wordt aangehouden, vraagt u hem welke raadsman ingeschakeld moet worden.
 - f. Bespreek met de RC dat de advocaat gedurende de gehele doorzoeking aanwezig dient te zijn en vervoer naar het politiebureau dus pas dient te geschieden na sluiting van de doorzoeking(en)
10. Het doorzoeken dient gericht te geschieden, d.w.z. met mededeling vooraf van een duidelijke en concrete omschrijving van de aard van de gezochte stukken/voorwerpen/gegevensdragers.
11. Er mag alleen worden gezocht op plaatsen ten aanzien waarvan sterke aanwijzingen of vermoedens bestaan dat zich daar *corpora et instrumenti delicti* bevinden of stukken c.q. gegevensdragers, die de advocaat anders dan als advocaat onder zich heeft.

12. Algemeen aanvaard is dat de deken de daadwerkelijke schifting tussen wel en niet onder de geheimhoudingsplicht vallende stukken c.q. gegevensdragers uitvoert, conform onder 18 en 19 van de Handleiding voor advocaten beschreven wijze.
13. Indien het vanwege de grote hoeveelheid voorwerpen, stukken c.q. gegevensdragers niet mogelijk is alles ter plekke door te nemen, kan afgesproken worden dat de voorwerpen/stukken/gegevensdragers verzegeld worden en dat de deken op een later tijdstip op zijn kantoor de stukken samen met de advocaat schift. Desgewenst kan worden afgesproken dat de RC aanwezig zal zijn als de verzegeling wordt verbroken. Het is echter niet de bedoeling dat de RC kennis neemt van de inhoud van enig stuk of geautomatiseerd bestand voordat dit door de deken in samenspraak met de advocaat is vrijgegeven.

2.2. Verhoren van de advocaat

2.2.1. Advocaat als getuige

14. Zorg ervoor dat u ingelicht wordt over de reden van het verhoor.
15. Zorg ervoor dat u voorafgaande aan het verhoor de gelegenheid krijgt vertrouwelijk met de advocaat te overleggen.
16. Bespreek met de RC (en de officier van justitie) de mogelijkheid de te stellen vragen schriftelijk te ontvangen, zodat u in overleg met de advocaat kunt bepalen of beantwoording van vragen al dan niet in strijd komt met de geheimhoudingsplicht.
17. Maak uw standpunt schriftelijk bekend aan de RC. Zorg dat ook de advocaat dit doet.
18. Bedenk daarbij dat u niet per vraag het beroep op het verschoningsrecht inhoudelijk mag motiveren, omdat anders bekend zou kunnen worden hetgeen geheim dient te blijven.
19. Indien u tot de conclusie komt dat beantwoording van de vragen in strijd zou komen met de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht, verzoek de RC (en de officier van justitie) af te zien van het verhoor.
20. Indien het verhoor doorgang vindt, zorg dat u of een plaatsvervanger aanwezig bent als de advocaat gehoord wordt om van advies te dienen over de vraag of de advocaat zich terecht op zijn verschoningsrecht beroept.

21. Indien de advocaat als getuige wordt gehoord in een zaak van zijn cliënt, bespreek dan met de RC de wenselijkheid van aanwezigheid van de cliënt bij het verhoor.
22. Is sprake van een ex-client, dan zal diens raadsman in beginsel aanwezig zijn. Is dit niet het geval, sta dan op uitstel van het verhoor zodat dit kan plaatsvinden in aanwezigheid van de nieuwe raadsman.

2.2.2. Advocaat als verdachte

23. Zorg dat u ingelicht wordt over de reden van het verhoor.
24. Zorg dat u voorafgaande aan het verhoor de gelegenheid krijgt vertrouwelijk met de advocaat te overleggen.
25. Bespreek met de advocaat dat, ook indien hij ontlastend zou kunnen verklaren, hij toch gehouden is aan zijn geheimhoudingsplicht.
26. Adviseer hem een raadsman in te schakelen die bij het verhoor aanwezig kan zijn.
27. Verzoek de officier toestemming om zelf aanwezig te zijn bij het verhoor

2.3. Toepassing opsporingsbevoegdheden op (verdachte) advocaat

Advocaten zijn niet uitgesloten van toepassing van opsporingsbevoegdheden zoals observatie, afluisteren, infiltratie en de telefoontap. Het belangrijke verschil tussen deze 'heimelijke' dwangmiddelen en de inbeslagneming is dat de (verdachte) advocaat geen weet heeft van de toepassing van het dwangmiddel en daarom niet in staat is om zelf op te komen voor zijn verschoningsrecht. Van belang is hierbij de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten, 1 augustus 2006, *Stcrt.* 2006, 212, p. 11. Relevante bepalingen ter bescherming van het verschoningsrecht zijn daarnaast de vernietigingsplicht van de officier van justitie ex art. 126aa Sv en de hierop betrekking hebbende uitvoeringsregelingen: het Besluit bewaren en vernietigen niet-gevoegde stukken (Stb. 1999, 548; hierna: het Besluit) en de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders (2002I003; hierna: de Instructie Vernietiging).

28. Bij de beslissing tot tappen van een advocaat of advocatenkantoor over te gaan speelt de deken geen rol.

29. In de in bovengemelde kader voorziene regeling is naast de doorzoeking en inbeslagneming (in beginsel) alleen een rol voor u als deken weggelegd als het gaat om onderschepte mededelingen die zijn gedaan door of aan een advocaat die als verdachte is aangemerkt. Zie evenwel hetgeen hierna onder punt 34 wordt opgemerkt (ten aanzien van onderschepte mededelingen door of aan een niet-verdachte advocaat).
30. Na onderschepping van gesprekken wint de officier van justitie, indien het gaat om een verdachte advocaat of indien hij van mening is dat het verschoningsrecht niet van toepassing is, het oordeel van u in of een mededeling al dan niet onder het verschoningsrecht valt (art. 4 lid 3 Besluit).
31. Als u van oordeel bent dat de mededelingen onder het verschoningsrecht vallen en de officier legt zich daarbij neer, dan geeft hij alsnog opdracht tot vernietiging.
32. Wanneer de officier besluit af te wijken van uw oordeel, wordt dit besluit met redenen omkleed (artikel 4 lid 3 Besluit). In dat geval (en ook in het geval u met de officier van oordeel is dat het verschoningsrecht op de betrokken communicatie niet van toepassing is) worden het proces-verbaal en de onderliggende gegevensdragers bewaard conform de regeling van art. 126 cc Sv en de uitwerking daarvan in het Besluit.
33. De officier van justitie heeft een machtiging van de RC wanneer hij aan de processtukken met toepassing van de bevoegdheid van art. 126m Sv verkregen gegevens wil toevoegen, die zijns inziens niet door de geheimhoudingsplicht van de advocaat worden bestreken (art. 126aa lid 2, laatste volzin, Sv).
34. De rechtbank Amsterdam heeft bij vonnis van 4 februari 2008 (LJN BC3365) een door de RC verstrekte machtiging tot voeging van onderschepte gesprekken tussen een cliënt en de niet verdachte advocaat onrechtmatig geoordeeld en daarbij een parallel getrokken met de doorzoeking en inbeslagneming van bescheiden. De rechtbank nam het standpunt van de advocaat over dat de gesprekken onder de geheimhoudingsplicht vielen. Uit deze uitspraak zou kunnen worden afgeleid dat in ieder geval de advocaat en deken zich moeten kunnen uitlaten over de status van de onderschepte gesprekken, *alvorens* de RC een beslissing neemt over een eventuele machtiging.

De Orde van Advocaten is van oordeel dat de uitvoeringsregeling van art. 126aa Sv in strijd is met de ratio van het verschoningsrecht, omdat hierdoor stelselmatige kennisneming van gegevens die onder het verschoningsrecht vallen door opsporingsambtenaren en OM mogelijk is, ook als het gaat om onderschepping van informatie in een situatie dat de advocaat niet als verdachte is aangemerkt, en de positie van de deken niet goed gereguleerd is. Zie hierover nader de Toelichting op de Handleiding voor advocaten ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht 2008 onder punt 3.3.

3. Toelichting op de Handleiding voor advocaten ter waarborging van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht 2008

3.1. Inleiding

De Nederlandse Orde van Advocaten geeft in deze Handleiding aan hoe advocaten moeten handelen bij confrontatie met een doorzoeking door de RC, het OM, de toepassing van bepaalde bevoegdheden door bijzondere opsporingsambtenaren en toezichthouders. De Handleiding bestaat uit drie onderdelen:

- de 'Handleiding voor advocaten' met vuistregels voor advocaten en de medewerkers van het advocatenkantoor,
- een aanvullende "Handleiding voor deken",
- deze Toelichting.

Bij alle doorzoekingen/onderzoeken verdient het te allen tijde aanbeveling dat de advocaat zo spoedig mogelijk contact opneemt met de deken. Als het goed is, is de deken reeds in een eerder stadium door OM/RC geïnformeerd.

RC/OM: Sinds 1 februari 2000 is de RC op grond van het Wetboek van Strafvordering zelfstandig bevoegd elke plaats (ook een advocatenkantoor) te doorzoeken met de bedoeling stukken in beslag te nemen. Toestemming van de rechtbank is niet meer nodig. De RC kan bij een doorzoeking desgewenst ordemaatregelen treffen. Bij een spoeddoorzoeking door de officier van justitie is een machtiging van de RC vereist.

Bijzondere opsporingsambtenaren: Opsporingsambtenaren kunnen op grond van bijzondere wetten zoals de Algemene Wet inzake Rijksbelastingen of de Wet op de Economische Delicten onaangekondigde "invallen" doen bij advocatenkantoren en/of het woonhuis van de advocaat. De ambtenaren kunnen zich richten op mogelijke overtredingen door de advocaten, maar ook door hun cliënten. Het Wetboek van Strafvordering is dan van toepassing

Toezichthouders, waaronder de NMa: De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) is een bestuursrechtelijke toezichthouder. Ambtenaren van de NMa kunnen krachtens Hoofdstuk 6 van de Mededingingswet onaangekondigde invallen doen bij ondernemingen om te onderzoeken of zij de Mededingingswet overtreden. Dat kan ook bij advocatenkantoren gebeuren. De onderzoekers kunnen zich richten op mogelijke overtredingen door de advocaten, maar ook door hun cliënten. Tevens is de Algemene wet bestuursrecht van toepassing op onderzoeken door de NMa. Zie hiervoor verder onder punt 3.4 van deze Toelichting.

3.2. Regelgeving (voor advocaten)

3.2.1. Geheimhoudingsplicht

Gedragregel 6 eerste lid verplicht de advocaat tot geheimhouding:

'De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en de aard en omvang van diens belangen.'

Gedragregel 6 vierde lid vult aan:

'De geheimhouding duurt voort na de beëindiging van de relatie met de cliënt.'

Opzettelijke schending van de geheimhoudingsplicht kan overtreding van art. 272 Sr opleveren. Daarnaast stelt de advocaat zich bij schending bloot aan tuchtrechtelijke en civielrechtelijke acties.

3.2.2. Functioneel verschoningsrecht

Het met de geheimhoudingsplicht samenhangende functionele verschoningsrecht is vastgelegd in art. 218 Sv:

'Van het geven van getuigenis of van beantwoording van bepaalde vragen kunnen zich ook verschoonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zoodanig is toevertrouwd.'

3.2.3. Inbeslagneming

Inbeslagneming is een daarvoor vatbaar voorwerp onder zich gaan nemen of houden ten behoeve van de strafvordering (art. 134 Sv). Vatbaar voor inbeslagneming zijn voorwerpen die kunnen dienen voor waarheidsvinding c.q. om vermeend wederrechtelijk verkregen voordeel aan te tonen danwel vatbaar zijn voor verbeurdverklaring c.q. onttrekking aan het verkeer (art. 94 Sv).

Deze Handleiding en Toelichting bieden geen uitputtend overzicht van wettelijke bepalingen inzake inbeslagneming en het daartoe betreden van plaatsen zoals een advocatenkantoor. Evenmin komen strafrechtelijke bevoegdheden uit bijzondere wetten aan de orde.

Volstaan wordt met de vermelding van de commune bevoegdheid tot het geven van een bevel ter uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp. In art. 96a lid 3 onder b Sv is vastgelegd dat de geheimhouder niet aan het bevel hoeft te voldoen wanneer dit in strijd zou zijn met zijn geheimhoudingsplicht.

3.2.4. Binnentreden

Voor het binnentreden in een woning is art. 2 lid 1 Algemene wet op het binnentreden (Awob) van toepassing

'Voor het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is een schriftelijke machtiging vereist, tenzij en voor zover bij wet aan rechters, rechterlijke colleges, leden van het Openbaar Ministerie, burgemeesters, gerechtsdeurwaarders en belastingdeurwaarders de bevoegdheid is toegekend tot het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner. De machtiging wordt zo mogelijk getoond.'

3.2.5. Doorzoeking

Doorzoeking ter inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden is geregeld in art. 98 lid 1 Sv:

'Bij personen met de bevoegdheid tot verschoning, als bedoeld bij artikel 218, worden, tenzij met hunnen toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt.'

Onder geschriften vallen ook computerbestanden, floppy disks, magneetbanden en overige gegevensdragers.¹

Doorzoeking van een (geautomatiseerde) plaats ter vastlegging van (digitale) gegevens, oftewel een computer, is nader geregeld in art. 125i Sv. Het bepaalde in art. 98 Sv is daarbij van overeenkomstige toepassing.

De bevoegdheden tot netwerkzoeking en decryptie zijn verder verankerd in respectievelijk art. 125j Sv en art. 125k Sv. Naar gegevens die zijn ingevoerd door of vanwege functionele geheimhouders kan en mag zonder hun toestemming geen onderzoek plaats vinden voor zover hun geheimhoudingsplicht zich daartoe uitstrekt (art. 125l Sv).

Het personeel van een advocatenkantoor heeft bij dit alles een afgeleid verschoningsrecht.²

Het verschoningsrecht kan zich ook uitstrekken tot brieven, geschriften en andere gegevensdragers die zijn opgemaakt door een door de advocaat ingeschakelde externe deskundige. Belangrijk criterium is dat de hierin vastgelegde informatie, alvorens deze ter hand werd gesteld aan een deskundige, object was van het aan de advocaat toekomend verschoningsrecht. Indien gegevens rechtstreeks door de cliënt aan de deskundige zijn verstrekt – ook al is dit in het kader van zijn verdediging – is

¹ Zie onder andere HR 15 januari 1991, NJ 1991, 668.

² HR 29 maart 1994, NJ 1994, 552.

er in beginsel geen sprake van een afgeleid verschoningsrecht, omdat deze dan niet aan de advocaat als geheim zijn toevertrouwd en dus geen object van diens verschoningsrecht zijn.

Bespreking van de bevoegdheden in een strafrechtelijk financieel onderzoek blijft binnen dit bestek achterwege. Zo ook de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden. Tot slot blijft privaat onderzoek buiten beschouwing.

3.3. Uitgangspunten bij de Handleiding

1. Advocaten dienen vanwege hun geheimhoudingsplicht in beginsel geen toestemming tot een doorzoeking te geven. Het onthouden van een dergelijke toestemming (lees: weigering tot medewerking aan de doorzoeking) behoeft niet gemotiveerd te worden.
2. Vindt desalniettemin een doorzoeking plaats, dan is het primair de verschoningsgerechtigde *zelf* die uitmaakt of brieven, geschriften of andere gegevensdragers onder zijn verschoningsrecht vallen.³ Dit wordt op zich niet anders wanneer de advocaat zelf verdachte is.⁴ Het impliceert dat de RC het standpunt van de advocaat, dat bepaalde gegevensdragers onder zijn geheimhoudingsplicht vallen, in beginsel dient te respecteren, behoudens wanneer er *redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt onjuist is*.⁵
3. Het verschoningsrecht is echter niet absoluut. Art. 98 lid 2 Sv beperkt het recht aldus:

'Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.'
4. Uit de jurisprudentie volgt dat brieven en geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend ook zonder toestemming in beslag kunnen worden genomen, nu dergelijke brieven en geschriften geen object zijn van de aan de advocaat toekomende bevoegdheid tot verschoning.⁶
5. Daarnaast heeft de jurisprudentie een nuance aangebracht. De Hoge Raad overwoog dat zich *'zeer uitzonderlijke omstandigheden'* laten denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene

³ HR 24 september 1996, DD 97.012 en HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439.

⁴ HR 10 oktober 1959, NJ 1950, 356 en HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 490.

⁵ HR 22 november 1991, NJ 1992, 315 en HR 29 maart 1994, NJ 1994, 537.

⁶ HR 22 november 1991, NJ 1992, 315 en HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622.

waarvan de wetenschap de advocaat als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.⁷ Dit brengt mee dat waar doorzoeking ter inbeslagneming bij een advocaat zonder diens toestemming al kan plaatsvinden als het gaat om de brieven en geschriften die voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, die toestemming in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden evenmin nodig is als de doorzoeking is gericht op andere brieven en geschriften die kunnen dienen om de waarheid aan het licht te brengen. De vraag of sprake is van een '(zeer) uitzonderlijke omstandigheid' is niet in algemene zin te beantwoorden en zal per casus moeten worden beoordeeld. De Hoge Raad heeft slechts enkele factoren genoemd die voor de beoordeling van de uitzonderlijkheid een rol kunnen spelen:⁸

- De vraag of het gaat om een tegen de verschoningsgerechtigde bestaande verdenking (de advocaat als verdachte);
- De aard en zwaarte van de delicten;
- De aard en omvang van de gegevens: de Hoge Raad heeft bij arrest van 29 juni 2004, NJ 2005, 273 het belang van de waarheidsvinding boven dat van het beroepsgeheim van een niet verdachte medicus/directeur van een psychiatrisch kinderziekenhuis gesteld. Het ging om personeelsbestanden en bestanden van (ex) patiënten. De HR overwoog dat gezien de ernst van de feiten (aangifte van verkrachting) en de geringe inbreuk op de geheimhouding de waarheidsvinding diende te prevaleren. Er zijn geen soortgelijke uitspraken bekend over de relatie advocaat-cliënt;
- De vraag in hoeverre de relevante gegevens op andere wijze kunnen verkregen (proportionaliteit en subsidiariteit);
- De voorwaarden zijn cumulatief.

6. Uitgangspunt in alle gevallen is dat een doorzoeking op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden dient te geschieden dat de kans dat gegevens waarvan de wetenschap de advocaat in diens hoedanigheid zijn toevertrouwd ter kennis van derden zouden kunnen komen, zo klein mogelijk is.⁹ Dit betekent dat:

- Het zoeken door justitie *gericht* dient te geschieden, dat wil zeggen met een mededeling vooraf van een duidelijke en concrete omschrijving van de aard van de gezochte bescheiden;

⁷ HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 490 en HR 18 juni 2002, NJ 2003, 621.

⁸ HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 en HR 29 juni 2004, NJ 2005, 237.

⁹ HR 20 juni 1988, NJ 1989, 213.

- Alleen mag worden gezocht op plaatsen ten aanzien waarvan *sterke* aanwijzingen of vermoedens bestaan dat zich aldaar de gezochte bescheiden bevinden.

7. Daarnaast stelt de Hoge Raad de volgende eisen:

- De doorzoeking dient op de *minst bezwarende wijze* dient te geschieden. Dat wil zeggen dat onder andere telefoons kunnen worden aangenomen, cliënten kunnen worden ontvangen en dergelijke;
- Een RC aanwezig is;
- De plaatselijk deken geïnformeerd en aanwezig is;
- De advocaat zich als eerste moet kunnen uitlaten over hetgeen onder zijn verschoningsrecht valt.

8. Op grond van art. 99a Sv heeft de advocaat het recht zijn raadsman te bellen, die bij de doorzoeking aanwezig mag zijn. Weliswaar spreekt het artikel over de verdachte, maar een redelijke interpretatie brengt mee dat ook de niet-verdachte advocaat zich kan laten bijstaan door een raadsman tijdens de doorzoeking.

3.4. Gegevens verkregen door toepassing van opsporingsbevoegdheden en de vernietigingsplicht ex art. 126aa Sv

3.4.1. Vertrouwelijke informatie als "bijvangst"

In de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders, worden regels gesteld hoe de vernietiging dient plaats te vinden van gegevens die worden onderschept ten aanzien waarvan de advocaat zich zou kunnen beroepen op het verschoningsrecht. Het gaat daarbij vooral om de zogenaamde "bijvangst", hetgeen wil zeggen op een telefoontap van een niet-verschoningsgerechtigde een gesprek met een verschoningsgerechtigde wordt onderschept. Ten aanzien hiervan heeft de Orde van Advocaten steeds het standpunt ingenomen dat zij zich niet kan verenigen met deze Instructie, voorzover de beoordeling van de vraag, of een onderschepte communicatie onder het verschoningsrecht valt, is voorbehouden aan de Officier van Justitie. Over deze kwestie wordt door de Nederlandse Vereniging van Strafrechtadvocaten nog geprocedeerd voor de civiele rechter .

3.4.2. Toepassing opsporingsbevoegdheden op verdachte advocaat

Zodra er sprake is van een verdachte advocaat is het volgende van belang. Advocaten zijn als object van onderzoek niet uitgesloten van de

opsporingsbevoegdheden vermeld in Titel IVA Sv. De meest toegepaste opsporingsbevoegdheid is de telefoontap. Dit is een bijzonder ingrijpende bevoegdheid als zij gericht wordt toegepast op een advocaat, omdat bij het afluisteren van een advocaat het immers bij voorbaat duidelijk is dat het grootste deel van de opnames vertrouwelijke gesprekken betreft, die bovendien niet relevant hoeven te zijn voor het opsporingsonderzoek. Dit stelt zware eisen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Met andere woorden: er moet wel sprake zijn van een heel ernstige verdenking, wil er een machtiging worden verleend om een advocaat c.q. zijn kantoor af te luisteren, omdat dit in de meeste gevallen tot gevolg zal hebben dat alle lijnen van een advocatenkantoor worden afgeluisterd en derhalve ook gesprekken die andere niet-verdachte advocaten van dat kantoor voeren.

De Orde van Advocaten is daarom van oordeel dat bij de beoordeling van de opgenomen gesprekken in een dergelijke situatie dan ook niet de "gewone procedure" van de Instructie vernietiging geïntercepteerde gesprekken met geheimhouders kan worden gevolgd, zoals in de Aanwijzing toepassing opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen tegen advocaten (1 augustus 2006, *Stcrt.* 2006, 212, p. 11) wordt beschreven.

Artikel 4 lid 3 van het Besluit bewaren en vernietigen van niet-gevoegde stukken lijkt daar ook niet voor te zijn geschreven. In dit artikel gaat het meer om de hiervoor genoemde "bijvangst" die natuurlijk ook betrekking kan hebben op een advocaat die als verdachte wordt beschouwd.

Indien het gaat om een situatie dat een advocaat als verdachte wordt aangemerkt en op grond daarvan zijn telefoonlijnen, inclusief alle telefoonlijnen van het kantoor waarop hij werkzaam is, worden afgeluisterd, is de inbreuk op het verschoningsrecht en de geheimhoudingsplicht van alle betrokken advocaten al snel disproportioneel als wordt volstaan met de procedure zoals beschreven in de Instructie. De daar beschreven gang van zaken gaat ervan uit dat de officier van justitie de bevoegdheid heeft om kennis te nemen van de inhoud van alle afgeluisterde gesprekken.

Daar waar een verdachte advocaat en/of het hele advocatenkantoor waar hij werkzaam is, worden afgeluisterd, dient ter waarborging van het verschoningsrecht volgens de Orde van Advocaten een andere, zwaardere, procedure te worden gevolgd.

Uitgangspunt dient te zijn dat de opgenomen gesprekken in eerste instantie door de deken dienen te worden beoordeeld, nadat deze door het OM is ingelicht over het feitencomplex waarvan de advocaat verdacht wordt, alvorens de opgenomen gesprekken door politie en justitie kunnen worden gebruikt in het strafrechtelijk onderzoek. Dit kan een aanzienlijke belasting voor de deken betekenen, maar dit is de enige manier het verschoningsrecht adequaat te waarborgen. Bovendien zal het niet zo heel vaak voorkomen dat een advocaat als verdachte zal worden afgeluisterd.

Omtrent de praktische toepassing van dit uitgangspunt dient per geval nader overleg plaats te vinden tussen de deken en het OM.

3.5. Bestuursrechtelijk onderzoek

De Handleiding is mede geschreven voor bestuursrechtelijke onderzoeken/controles, zoals uitgevoerd door de NMa. Dergelijke bestuursrechtelijke onderzoeken worden overigens niet alleen verricht door de NMa, maar ook door het BFT en de inspecteur van de Belastingdienst.

Bestuursrechtelijke controle- c.q. toezichtbevoegdheden beogen effectief toezicht mogelijk te maken op naleving van wet- en regelgeving. Ze kunnen worden uitgeoefend onafhankelijk van de vraag of er sprake is van een 'verdenking' dat wetgeving is overtreden. Sommige controlebevoegdheden zijn zelfs ruimer dan bevoegdheden tot opsporing van strafbare feiten, bijvoorbeeld de bevoegdheid 'inlichtingen' te vorderen.

Een groot aantal bijzondere wetten bevat specifieke controle- en toezichtbevoegdheden en daarmee corresponderende wettelijke verplichtingen voor degenen die ermee geconfronteerd worden. Onder omstandigheden kan dat een advocaat zijn.

De Algemene Wet bestuursrecht (Awb) bevat algemene toezicht- en onderzoeksbevoegdheden, die uitgeoefend kunnen worden door ambtenaren, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

3.5.1. Bestuursrechtelijke bevoegdheden

In zijn algemeenheid geldt dat een toezichthouder van zijn bevoegdheden slechts gebruik mag maken voorzover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.

Artikel 5:20, eerste lid Awb luidt:

'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.'

In artikel 5:20, tweede lid Awb is een uitzondering opgenomen voor functionele geheimhouders

'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.'

Artikel 5:17 Awb bepaalt meer in het bijzonder

1. Een toezichthouder is bevoegd inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden.
2. Hij is bevoegd van de gegevens en bescheiden kopieën te maken.
3. Indien het maken van kopieën niet ter plaatse kan geschieden, is hij bevoegd de gegevens en bescheiden voor dat doel voor korte tijd mee te nemen tegen een door hem af te geven schriftelijk bewijs.

Echter, artikel 51 Mededingingswet bevat de uitzondering:

'Artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing op geschriften met betrekking tot de toepassing van mededingingsregels, gewisseld tussen een onderneming en een advocaat die is toegelaten tot de balie, die zich bij de onderneming 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.'

3.5.2. Procedure bij bestuursrechtelijk onderzoek

Indien ambtenaren van de Belastingdienst/BFT/NMa zich melden aan de receptie van een advocatenkantoor, gelden de punten 1 tot en met 3 van de Handleiding. Althans, dat wil zeggen: er zijn geen voorbeelden bekend van invallen door de NMa bij advocatenkantoren (wel overigens in 1998 bij notarissen).¹⁰ Er is derhalve ook geen precedent met betrekking tot de betrokkenheid van de deken bij een dergelijk onderzoek. De NMa is niet bevoegd om stukken in beslag te nemen, wel mag zij inzage nemen en kopiën maken. Gelet op dit laatste geldt naar het oordeel van de Orde dat ook bij dit onderzoek de geheimhoudingsplicht potentieel in het geding is en wordt aanbevolen de hiervoor genoemde punten 1-3 analoog toe te passen, inclusief de betrokkenheid van de deken.

Inspecteur van de Belastingdienst

1. Als het antwoord op de vraag naar doel en wettelijke basis van het onderzoek/de controle luidt een heffingsonderzoek naar een cliënt op grond van art. 53 AWR, geldt het volgende.

Op de inlichtingenverplichting in artikel 53 AWR geldt de volgende beperking:

¹⁰ Besluit 952 NMa (afspraken tussen notarissen te Breda).

Artikel 53a lid 1 AWR:

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

Aan een zogenoemd 'derden-onderzoek' door de Belastingdienst heeft een advocaat op grond van zijn verschoningsrecht derhalve geen medewerking te verlenen.

2. Als het antwoord op de vraag naar doel en wettelijke basis van het onderzoek/de controle luidt een heffingsonderzoek naar de advocaat zelve, geldt dat geen beroep kan worden gedaan op het in artikel 53a lid 1 AWR verankerde verschoningsrecht. Voormelde bepaling ziet uitsluitend op 'verplichtingen ten behoeve van de belastingheffing van derden.'
3. Het voorgaande betekent dat iedere advocaat een strikte scheiding dient aan te brengen in zijn administratie tussen zijn eigen financiële dossiers enerzijds en zaaksgelateerde informatie anderzijds. Bij gebreke aan een goed onderscheid zal de advocaat desondanks zijn volledige administratie ter inzage dienen te geven (op grond van art. 47 en art. 52 AWR), hetgeen dan tevens een schending van de geheimhoudingsverplichting van de advocaat impliceert.

Medewerker van de Nma of het BFT

1. Als het antwoord op de vraag naar doel en wettelijke basis van het onderzoek/de controle luidt toezicht op of een onderzoek naar een cliënt, geldt het volgende.

Ter zake van zowel het toezicht als bij een onderzoek geldt artikel 5:20, lid 2 Awb:

'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.'

Hieruit kan worden opgemaakt dat het verschoningsrecht dient te worden erkend door de medewerkers van de NMa en het BFT.

2. Als het antwoord op de vraag naar doel en wettelijke basis van het onderzoek/de controle luidt toezicht op of een onderzoek naar de advocaat, is het volgende van belang:

Als sprake is van een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit geldt:

- a. Op grond van artikel 53 Mededingingswet bestaat er geen verplichting ter zake een verklaring af te leggen;
- b. Op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad (26 april 1988, NJ 1989, 390) geldt

“dat het bestaan van een redelijke verdenking dat een bepaalde persoon een strafbaar feit heeft begaan niet in de weg staat aan het uitoefenen van evenbedoelde controlebevoegdheid tegenover die verdachte of tegenover een derde, mits daarbij de aan de verdachte als zodanig toekomende waarborgen in acht worden genomen.”

Uit deze jurisprudentie volgt dat de cautieplicht geldt en de advocaat een beroep kan doen op zijn zwijgrecht.

Als geen sprake is van een redelijk vermoeden van schuld geldt:

- a. Dat vastgesteld dient te worden dat de Nma of het BFT wel een beroep toekomt op de verschillende toezichtbepalingen. Zo zal de betrokken advocaat kunnen stellen dat geen WID-diensten worden verricht, dan wel dat geen sprake is van een bijzonder onderzoek, met als gevolg dat betoogd kan worden dat geen toezichtbevoegdheid en evenmin een medewerkingsverplichting bestaat;
- b. Dat ingeval medewerking wordt verleend, gewaarborgd dient te worden dat het bestuursorgaan geen kennis kan nemen van informatie en gegevens die de advocaat in zijn hoedanigheid heeft verkregen. De advocaat dient zijn geheimhoudingsverplichting na te leven. Zie hetgeen hiervoor onder punt 3.2 en 3.3 is vermeld.