HOF VAN DISCIPLINE

Beslissing in de zaak onder nummer van: 5363

11 september 2009
No. 5363
Hof van Discipline
Beslissing
naar aanleiding van het hoger beroep van
klager,
tegen:
verweerder.
1. Het geding in eerste aanleg
Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort ‘s-Hertogenbosch (verder: de raad) van 17 november 2008, onder nummer H130-2007, aan partijen toegezonden op 20 november 2008, waarbij een klacht van klager tegen verweerder ongegrond is verklaard.
2. Het geding in hoger beroep
2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen is op 19 december 2008 ter griffie van het hof ontvangen.
2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:
- de stukken van de eerste aanleg
- de antwoordmemorie van verweerder
- brief van 10 juni 2009 van klager.
2.3 Het hof heeft de zaak mondeling behandeld ter openbare zitting van 29 juni 2009, waar zijn verschenen:
van de zijde van klager: zijn voornoemde gemachtigde, mr. K (onderzoeker) en de heer W (directeur klager);
verweerder bijgestaan door zijn voornoemde gemachtigden.
3. De klacht
De klacht houdt het volgende in:
Verweerder weigert desgevraagd informatie over een drietal specifieke dossiers ten aanzien waarvan aanwijzingen bestaan dat er sprake is van een mogelijk verhoogd risico voor wat betreft de naleving van de verplichtingen op grond van de Wid en de Wet Mot, aan klager te verstrekken en handelt daarmee in strijd met de wet en frustreert daarmee het onderzoek waartoe klager wettelijk is verplicht. Zowel het een als het ander betaamt een behoorlijk advocaat niet.
4. De feiten
4.1 Het volgende is komen vast te staan:
Bij brief van 23 juni 2005 aan het kantoor van verweerder schrijft het klager onder meer: Sinds 1 juni 2003 vallen o.a. notarissen, advocaten, accountants en belastingadviseurs onder de werking van de Wet Identificatie bij Dienstverlening (Wid) en de Wet melding

ongebruikelijke transacties (Wet Mot). Het Bureau Financieel Toezicht (klager) is aangewezen als toezichthouder op de naleving van deze wet- en regelgeving door uw beroepsgroep.
(…)
Het onderzoek bij uw organisatie zal aanvangen met een algemeen vraaggesprek, waarbij wij u onder meer zullen vragen naar de maatregelen die door uw organisatie zijn getroffen ter naleving van de Wid en de Wet Mot. Hierbij kan gedacht worden aan cliënt-acceptatie procedures, dossieropbouw, interne controlemaatregelen en opleidingen c.q. trainingen van het personeel.
Wij verzoeken u tijdens het onderzoek een recente cliëntenlijst en een recente omzetlijst ter inzage te verstrekken. Na het algemene vraaggesprek zullen wij overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van een aantal door ons geselecteerde (advies)dossiers teneinde na te gaan of aan de verplichtingen van de Wid en de Wet Mot wordt voldaan.
Het betreft onder meer de volgende dossiers:
1. Dossiers van cliënten die gebruik hebben gemaakt van de fiscale inkeerregeling (…)
2. Een aantal specifieke dossiers, die wij ter plekke aan u kenbaar zullen maken;
3. Overige dossiers Deze worden geselecteerd aan de hand van een recente omzetlijst en recente cliëntenlijst van uw kantoor.
(…)
Bij brief van 11 juli 2005 wordt namens het kantoor geweigerd mee te werken aan het onderzoek. Onder meer wordt geantwoord:
Wij zijn uit hoofde van ons beroep van advocaat verplicht tot geheimhouding. Derhalve menen wij ons van de medewerking die u van ons vraagt te moeten verschonen (zie ook art. 5:20 lid 2 Awb).
Bij wettelijk voorschrift zijn uw bevoegdheden overigens ook beperkt (zie art. 1 lid 2 wet MOT). Met de aldaar genoemde werkzaamheden houden wij ons bezig.. Er zijn in onze praktijk geen gevallen in behandeling, die een uitzondering daarop billijken. Dat geldt ook voor inkeerzaken, waarvan u kennelijk dossiers wenst in te zien.
5. De beoordeling
5.1. In deze zaak staan de artikelen 5.20 Awb en 1 lid 2 Wet Mot (die inmiddels is vervallen) centraal. Deze bepalingen luiden:
1. Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.
2. 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.
resp.
De krachtens het eerste lid, onderdeel 10º, [hof: bij amvb] aan te wijzen diensten [hof: in de zin van die wet] hebben geen betrekking op werkzaamheden van een advocaat of van een notaris betreffende de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding, of het geven van advies over het instellen en vermijden van een rechtsgeding.
5.2. Voor advocaten geldt de volgende verplichting, zoals deze ook tot uitdrukking is gebracht in gedragsregel 6 lid 1:
De advocaat is verplicht tot geheimhouding; hij dient te zwijgen over bijzonderheden van door hem behandelde zaken, de persoon van zijn cliënt en omvang van diens belangen.

5.3. De raad heeft de klacht als ongegrond afgewezen. Het klager voert hiertegen als algemene bezwaren aan dat deze beslissing de wettelijke taak van het klager als toezichthouder alsmede de reikwijdte van de bevoegdheden van de toezichthouder miskent en dat de raad blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent de werking van het verschoningsrecht van de advocaat, omdat een behoorlijk toezicht daarmee onmogelijk wordt gemaakt.
Deze grief faalt reeds omdat deze aan de taakuitoefening van het klager ontleende bezwaren inherent zijn aan het bestaan van de geheimhoudingsplicht en het daaraan te ontlenen verschoningrecht van verweerder, zoals erkend in artikel 5:20 lid 2 Awb. De noodzaak om de naleving van de Wid en de Wet Mot door de advocatuur te kunnen controleren is niet een zo'n zwaarwegend vereiste van algemeen belang dat reeds daarvoor, zonder uitdrukkelijke wettelijke grondslag, die ontbreekt, het beroepsgeheim kan worden beperkt, in zo ingrijpende zin als door het klager bepleit.
5.4. Het klager voert voorts vijf specifieke gronden aan tegen de beslissing van de raad.
5.4.1. Het klager voert als meest verstrekkende griefonderdeel (a), onder het kopje 'Verschoningsrecht is überhaupt niet van toepassing', aan dat het recht om medewerking aan de toezichthouder te weigeren alleen ziet op situaties waarin toezichtbevoegdheden die op derden betrekking hebben aan de orde zijn. Het door het klager verlangde onderzoek heeft betrekking op verweerder en zijn kantoor, niet op de cliënten. In de omschrijving van deze grief, in 2.12 van de appelmemorie, stelt het klager voorts dat de raad ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat verweerder zich terecht heeft beroepen op zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht en op grond daarvan heeft gesteld de door klager gevorderde informatie niet aan klager te kunnen en te hoeven verschaffen.
Naar het oordeel van het hof kan verweerder zich met recht op het standpunt stellen dat de door het klager verlangde gegevens (als weergegeven in rov. 4.1) grotendeels onder het bereik van zijn geheimhoudingsverplichting jegens de cliënt vallen. Vrijwel alle gegevens die verlangd worden zijn terug te voeren op individuele, met name te noemen cliënten en hun financiële toestand, die verweerder en zijn kantoorgenoten in hun hoedanigheid van advocaat zijn toevertrouwd. De geheimhoudingsplicht van verweerder brengt mee dat hij zelfs voor derden verborgen dient te houden dat de cliënt hem heeft geraadpleegd en dat hij alleen gegevens aan derden, zoals aan de belastingdienst bij toepassing van de inkeerregeling, kan verschaffen met uitdrukkelijke consent van de cliënt. Het hof gaat ervan uit dat van instemming van de cliënt met het verschaffen van dossierinzage aan het klager geen sprake is. Verweerder kan zich, naar het oordeel van het hof, terecht beroepen op artikel 5:20 lid 2 Awb, zodat de grief faalt.
Weliswaar verlangt het klager tevens antwoord op vragen naar de maatregelen die door de kantoororganisatie zijn getroffen ter naleving van de Wid en de Wet Mot, waarbij gedacht is aan cliënt-acceptatieprocedures, dossieropbouw, interne controlemaatregelen en opleidingen c.q. trainingen van het personeel, en is het denkbaar dat deze gegevens – ten dele – verschaft kunnen worden los van cliëntgegevens, maar gelet op het debat tussen partijen vormt deze kwestie kennelijk niet de inzet van het geding en verlangt het klager deze gegevens niet zonder bijvoeging van de cliëntgegevens.
5.4.2. In dit griefonderdeel beklaagt het klager zich er voorts over dat het een eigen geheimhoudingsplicht heeft. Het klager legt een verband met artikel 2:5 Awb, waarin de geheimhoudingsverplichting van een bestuursorgaan is neergelegd.
De grief faalt in zoverre.
De geheimhoudingsverplichting van het klager is een zelfstandige verplichting die (anders dan geldt voor de geheimhoudingsplicht van de deken) niet is afgeleid en dan ook los

staat van de geheimhoudingsverplichting van de advocaat. Het bestaan van een geheimhoudingsverplichting van het klager levert dan ook geen grond op voor doorbreking van de geheimhoudingsplicht van de advocaat.
Daarbij komt dat de geheimhoudingsplicht van het klager niet dezelfde omvang heeft als die van de advocaat. Ter zitting heeft het klager meegedeeld dat zij met de door hem van verweerder verlangde gegevens een strafklacht kan indienen onder overlegging aan het openbaar ministerie van gegevens die het klager van verweerder heeft ontvangen, ook cliëntgegevens. De cliënt mag en moet er evenwel op vertrouwen dat de door hem aan zijn advocaat verschafte gegevens door de advocaat geheim worden gehouden, met name tegenover bestuursorganen en het openbaar ministerie. De omstandigheid dat het klager een eigen geheimhoudingsplicht heeft, doet daar niet aan af.
5.4.3. In griefonderdeel b keert het klager zich tegen het oordeel van de raad dat de in de Wet Mot opgenomen regelgeving niet kan worden gezien als een algehele doorbreking van de geheimhoudingsplicht van een advocaat.
Het klager stelt niet te hebben betoogd dat de Wet Mot een inbreuk op geheimhoudingsplicht behelst, maar wel een beperking.
Bij deze grief heeft het klager geen belang, niet alleen omdat de betreffende overweging ten overvloede is gegeven (immers beginnende met het woord: Overigens), maar tevens omdat verweerder zich ten aanzien van de verlangde gegevens, wat er ook moge zijn van de Wet Mot, kan verschonen, zodat niet hoeft te worden vastgesteld of de Wet Mot een beperking op de geheimhoudingsplicht van verweerder inhoudt, en zo dit het geval is wat de omvang daarvan is.
5.4.4. In griefonderdeel c keert het klager zich tegen het oordeel van de raad dat, als aan verweerder al een beroep toekomt op zijn verschoningsrecht, dit beroep niet opgaat wanneer er een aantoonbaar verhoogd risico aanwezig is op grond waarvan het verstrekken van bepaalde gegevens door het klager kan worden gevorderd, maar dat het klager er in casu niet in is geslaagd dit verhoogd risico aan te tonen.
Het hof merkt eerst op dat deze maatstaf niet door de raad is gesteld. De raad constateert dat het klager het bestaan van een verhoogd risico als uitgangspunt hanteert.
Naar het oordeel van het hof is weliswaar juist dat er zeer uitzonderlijke omstandigheid kunnen zijn die meebrengen dat het verschoningsrecht terzijde moet worden gesteld, maar die omstandigheden doen zich hier niet voor. De gestelde omstandigheden, zoals het feit dat verweerder niet bekend staat als ‘melder’ en dat in het geval van inkeerdossiers waarvoor ‘per definitie’ geldt dat sprake is van een verhoogd risico op niet-naleving van de verplichtingen uit de Wid en de Wet Mot, kunnen niet als zodanig dienen.
Ten slotte neemt het hof in overweging dat in het door het klager genomen uitgangspunt, namelijk dat sprake moet zijn van een verhoogd risico op niet-naleving van de verplichtingen uit hoofde van de Wid en de Wet Mot door verweerder, aan welk uitgangspunt volgens het klager is voldaan, geen rechtvaardiging kan worden gevonden om van verweerder te verlangen dat hij zijn geheimhoudingsplicht kan en zelfs moet schenden door het verschaffen van gegevens over cliënten.
5.4.5. Griefonderdeel d luidt:
De Raad oordeelt ten onrechte dat gebruikmaking van de inkeerregeling te allen tijde is gericht op het voorkomen van een procedure, zodat de verleende rechtsbijstand onder de vrijstelling van art. 1 lid 2 wet Mot valt.
De raad heeft de betreffende passage vooraf doen gaan aan het oordeel dat de stelling van het klager, dat de werkzaamheden van een advocaat bij de begeleiding van een inkeerregeling, uitsluitend voor zover sprake is van een reële dreiging van een procedure, onder de vrijgestelde diensten vallen, niet wordt onderschreven.

Het klager voert aan dat de raad miskent dat de omstandigheid dat gebruikmaking van de inkeerregeling uiteindelijk is gericht op het voorkomen van een procedure of sanctieoplegging nog niet betekent dat alle werkzaamheden of rechtsbijstand onder de vrijstelling van artikel 1 lid 2 Wet Mot vallen.
Naar het oordeel van het hof kan thans in het midden blijven wat de precieze omvang is van het verschoningsrecht van verweerder en welke gevallen vallen buiten de reikwijdte van artikel 1 lid 2 Wet Mot. Het klager heeft heel algemeen inzage gevraagd in cliëntendossiers. De gegevens van die dossiers vallen in beginsel onder de reikwijdte van het verschoningsrecht. Het staat in eerste instantie ter beoordeling van verweerder, en niet ter beoordeling van het klager, welke van de door de cliënt verstrekte gegevens binnen het verschoningsrecht en derhalve buiten de reikwijdte van laatstgenoemde bepaling vallen. Niet is gebleken van het bestaan van informatie of gegevens van de cliënt of activiteiten door verweerder ten behoeve van zijn cliënt die verweerder had behoren te melden aan het klager ten einde die handelwijze te kunnen controleren, zodat het hof niet tot het oordeel kan komen dat verweerder tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld.
De stelling van het klager dat de advocaat alle activiteiten moet melden die geen verband houden met een rechtsgeding onderschrijft het hof, als een te enge maatstaf, niet. Een advocaat is ook ten aanzien van zaken die geen rechtstreeks verband houden met een rechtsgeding, of waarvan nog niet met zekerheid gezegd kan worden dat geen rechtsgeding zal volgen, verplicht tot geheimhouding en tot het doen van een beroep op het verschoningsrecht.
5.4.6. Griefonderdeel e luidt:
Ten onrechte overweegt de Raad dat werkzaamheden die verband houden met het indienen van een bezwaarschrift geen Wid-plichtige diensten betreffen.
Dit griefonderdeel faalt op de gronden uiteengezet in de vorige rechtsoverweging. Zoal de stelling van het klager dat het verlenen van bijstand bij gebruikmaking van de inkeerregeling een Wid-plichtige dienst betreft juist is, dan doet dit feit nog niet af aan de mogelijkheid voor verweerder een beroep te doen op zijn geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. De omstandigheid dat de Inspecteur die het bezwaarschrift afhandelt niet als een rechterlijke instantie kan worden aangemerkt maakt dit niet anders. Zoals de raad terecht overwoog is het gebruik maken van de inkeerregeling gericht op het vermijden van een rechtsgeding zodat advisering dienaangaande valt onder de werkingssfeer van artikel 1 lid 2 Wet Mot.
5.5. De conclusie is dat niet geoordeeld kan worden dat verweerder zich niet heeft gedragen zoals een goed advocaat betaamt, zodat de beslissing waarvan beroep bekrachtigd dient te worden.
6. De beslissing
Het hof:
bekrachtigt de beslissing waarvan beroep.