

# Uit bestuursrechtelijke hoek

In *Advocatenblad* 14 wees Gerard Spong op het belang van het weigerrecht voor advocaten bij bestuurlijk toezicht. Maar hierbij kunnen twee belangrijke kanttekeningen worden geplaatst.

Tekst: Bart Roozendaal<sup>1</sup>

**B**ram Moszkowicz' tuchtzaak is veelbesproken en veelal zijn het strafrechtelijke colleges en confrères die hun licht over de zaak laten schijnen, zulks geplaatst in het kader van de eigen strafrechtpraktijk. Zo ook Gerard Spong.<sup>2</sup> Doch hij wijst tevens op het belang van het weigerrecht voor advocaten bij bestuurlijk toezicht. Dit trok mijn aandacht omdat in de tuchtzaak de regeling omtrent toezicht in de Awb niet aan de orde is gesteld en dit ook elders nog niet is besproken. Spong constateert een wetstechnische lacune in de regeling van de doorbreking van het beroepsgeheim bij toezicht op de advocatuur. Zijn conclusie is – uitgaande van de premisse dat de deken een toezichthouder is als bedoeld in art. 5:11 Awb én daarmee Afdeling 5.2 Awb van toepassing is – dat bij het toezicht op advocaten het recht van de geheimhouder om medewerking te weigeren van toepassing is. Hij meent dat dit weigerrecht alleen opzij kan worden gezet bij regeling van gelijke rang. Aangezien de op de advocaat rustende informatieplichten in het kader van het toezicht van de deken op de naleving van de Verordening op de administratie en de financiële integriteit in die Verordening zijn vastgelegd en de plicht van de advocaat om medewerking te verlenen aan controle door de deken is vastgelegd in de Gedragsregels, concludeert Spong dat deze regelingen niet het in art. 5:20 lid 2 Awb geregelde weigerrecht kunnen wegnemen of uithollen.

## Alleen natuurlijke personen

Hierbij kunnen twee kanttekeningen worden geplaatst. Spong legt aan zijn conclusie de premisse ten grondslag dat de deken toezichthouder is in de zin van art. 5:11 Awb.

Immers, enkel indien de deken toezichthouder is, is art. 5:20 Awb toepasbaar. De premisse is echter onjuist. Een toezichthouder is een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift. Ik ben het eens met Spong dat de deken een bestuursorgaan is (art. 1:1, eerste lid onder a Awb) en dat de deken krachtens art. 12 van de Verordening is belast met het toezicht op de naleving van de Verordening. Uit titel 5.2 volgt echter dat alleen natuurlijke personen toezichthouder kunnen zijn. Deze moet worden aangewezen door het bevoegde bestuursorgaan. Dat kan categoriaal geschieden (bijvoorbeeld de dienst waartoe de toezichthouders behoren) of individueel. Zon aanwijzing bij besluit van algemene strekking of beschikking ontbreekt. Bestuursorganen zelf kunnen geen toezichthouder zijn. Dat een bestuursorgaan per definitie bestaat uit één (of meer) natuurlijke persoon is daarbij irrelevant. Spong onderkent dat de deken een bestuursorgaan is, doch heeft niet onderkend dat bestuursorganen geen toezichthouders kunnen zijn. Reeds hierom is art. 5:20 Awb niet van toepassing op het dekenaal toezicht.

## Niet absoluut

Ten tweede is van belang dat de in art. 5:20 Awb geregelde uitzondering op de medewerkingsplicht (het weigerrecht) niet absoluut is doch afhankelijk is van de in de beroepsgroep geldende omvang van de geheimhoudingsplicht. Art. 5:20, eerste lid, Awb legt op iedereen de verplichting om medewerking te verlenen aan een toezichthouder. Het tweede lid luidt dat zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, medewerking kunnen weigeren voor zover dit uit hun geheimhoudingsplicht voortvloeit. Art. 5:20 Awb refereert aan de bestaande geheimhoudingsplichten maar

creëert zelf geen geheimhoudingsplicht. Geheimhoudingsplichten kunnen bij wet in formele zin zijn geregeld, maar ook anders. Voor de advocaat is de geheimhoudingsplicht niet in de wet maar in art. 6 van de Gedragsregels neergelegd. Het beroepsgeheim is niet absoluut. Zowel in de Gedragsregels (art. 37) als in de Verordening (art. 12) zijn beperkingen opgenomen in de vorm van de verplichting tot het verstrekken van inlichtingen en het verlenen van medewerking aan een tuchtrechtelijk onderzoek door de deken. Voor de toepassing van art. 5:20 Awb is irrelevant hoe deze beperkingen zijn opgenomen: bij wet in formele zin (Advocatenwet), in materiele zin (Verordening) of de Gedragsregels. Aangezien de geheimhoudingsplicht (nog) niet in de Advocatenwet is geregeld, is bij de toepassing van art. 5:20 Awb belangrijk hoe de regeling binnen de beroepsgroep vorm is gegeven. De omvang van het weigerrecht uit art. 5:20 Awb vloeit hier vervolgens rechtstreeks uit voort. Dit leidt tot de conclusie dat advocaten zich niet met een beroep op art. 5:20, tweede lid, Awb kunnen onttrekken aan deken toezicht op contante betalingen, aangezien de in dit art. 5:20 Awb voorziene weigerrecht is gekoppeld aan de omvang van de geheimhoudingsplicht binnen onze beroepsgroep, met alle beperkingen van dien. Art. 5:20 Awb is ook daarom irrelevant bij het tuchtrechtelijke toezicht door de deken. Het artikel is wel van belang indien een toezichthouder medewerking vraagt aan een advocaat om toezicht te kunnen uitoefenen op een cliënt.

Dit brengt de discussie van één van de vier klachtonderdelen van de tuchtklacht terug naar de kern: valt informatie over contante betalingen onder het beroepsgeheim of niet? Deze eenvoudige bestuursrechtadvocaat laat beantwoording graag over aan het Hof van Discipline. Afdeling 5.2 Awb doet in de procedure echter niet mee.

<sup>1</sup> Advocaat bij AKD in Breda.

<sup>2</sup> G. Spong, 'Contante betaling, dekenoverleg en collectief beroepsgeheim,' *Adv.bl.* 2012-14, p. 35-39.