

EXHIBIT 2

Sashi Bach Boruchow, Esq.
E-mail: sboruchow@bsflfp.com

May 10, 2013

VIA U.S. MAIL AND E-MAIL

Andrew Gordon, Esq.
PAUL, WEISS, RIFKIND, WHARTON
& GARRISON LLP
1285 Avenue of the Americas
New York, NY 10019-6064

Re: Anwar, et al. v. Fairfield Greenwich Limited, et al.
Master File No. 09-cv-00118 (VM) (FM)

Dear Andrew:

We are writing to address Citco's withholding and redaction of documents on grounds of attorney-client privilege and work-product protection.

Citco has withheld from its production nearly 1,000 documents and produced thousands more in redacted form. As a basis for the bulk of these non-productions, and hundreds of the redactions, Citco lists either the author or recipient of the document as an in-house counsel, or refers to in-house counsel as having provided a legal analysis or advice, asserting as the basis attorney-client or work-product privilege.

One such in-house attorney is Renger Boonstra. At Mr. Boonstra's deposition on April 25, 2013, plaintiffs' counsel learned for the first time that Mr. Boonstra has never been licensed to practice law in the Netherlands or any other jurisdiction. Boonstra Dep. at 9:4-6, 218:16-18. Because Mr. Boonstra is not a licensed attorney, under the laws of the Netherlands communications with him based on his status as an "attorney" are not protected as work-product or by attorney-client privilege. *See, e.g., In re De Boer & Van Keulen Belastingadviseurs et al.*, HR May 6, 1986, NJ 1986, 814 nos. 4.3-4.4 (denying privilege to tax advisor who provided legal advice but was not a licensed attorney); Case C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. v. Commission*, 2007 E.C.R. I-8360 ¶ 41 (E.C.J. Sept. 14, 2010) (holding that the legal professional privilege requires that lawyers are "independent," *i.e.* "not bound to the client by a relationship of employment"); M.J.C. Somsen & R. van Staden ten Brink, *Anti-corruptie: wat te doen als het mis gaat?, Ondernemingsrecht* (Dec. 20, 2012), n.18 ("In the U.S., there is a privilege for in-house counsel. . . . In the Netherlands, no such privilege exists for in-house lawyers.").¹

¹ *See also Gucci Am., Inc. v. Guess?, Inc.*, 2011 WL 9375 (S.D.N.Y. 2011) (explaining that one of the "[u]ndisputed [p]rinciples" for application of the attorney-client privilege is that "the person to whom communication was made . . . is a member of the bar of a court") (emphasis in original); *Malletier v. Dooney & Bourke, Inc.*, 2006 WL 3476735 (S.D.N.Y. 2006) ("American courts have, with some consistency, held that the attorney-client privilege does not apply to communications with a law school graduate unless he or she is admitted to practice at the bar of a state or federal court (or possibly a foreign court).").

Letter to Andrew Gordon, Esq.
May 10, 2013
Page 2 of 2

Accordingly, Plaintiffs request that Citco reconsider its position on withholding documents where Mr. Boonstra's status as Citco's in-house counsel serves as the basis of any claim of work-product or attorney-client privilege, and fully produce all documents previously withheld or redacted on such basis.

Plaintiffs also request that Citco provide further information to substantiate its privilege claims based on the involvement of individuals listed as Citco's in-house counsel on its privilege log, including the location of such individuals when serving as counsel and identification of any jurisdiction where such individual is actually admitted to the bar or licensed to practice law.

We appreciate your cooperation in addressing these issues, and request a response by May 14, 2013, so that we may timely raise the issues with the Court if necessary.

Sincerely,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Sashi Bach Boruchow", with the word "for" written in blue ink to the right of the signature.

Sashi Bach Boruchow

SBB/ASD

Enclosures

JUDGMENT OF 14. 9. 2010 — CASE C-550/07 P

JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber)

14 September 2010*

In Case C-550/07P,

APPEAL under Article 56 of the Statute of the Court of Justice, brought on 30 November 2007,

Akzo Nobel Chemicals Ltd, established in Hersham (United Kingdom),

Akcros Chemicals Ltd, established in Hersham,

represented by M. Mollica, avocate, and subsequently by M. van der Woude, avocat
and C. Swaak, advocaat,

appellants,

* Language of the case: English.

I - 8360

supported by

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, represented by V. Jackson and E. Jenkinson, acting as Agents, and M. Hoskins, Barrister,

Ireland, represented by D. O'Hagan, acting as Agent, and M. Collins SC, with an address for service in Luxembourg,

Kingdom of the Netherlands, represented by C. Wissels, Y. de Vries and M. de Grave, acting as Agents,

interveners in the appeal,

the other parties to the proceedings being:

European Commission, represented by F. Castillo de la Torre and X. Lewis, acting as Agents, with an address for service in Luxembourg,

defendant at first instance,

Conseil des barreaux européens, established in Brussels (Belgium), represented by J. Flynn QC,

Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, established in The Hague (Netherlands), represented by O. Brouwer and C. Schillemans, advocaten,

European Company Lawyers Association, established in Brussels, represented by M. Dolmans and K. Nordlander, avocats, and J. Temple Lang, solicitor,

American Corporate Counsel Association (ACCA) – European Chapter, established in Paris (France), represented by G. Berrisch, Rechtsanwalt, instructed by D. Hull, solicitor,

International Bar Association, established in London (United Kingdom), represented by J. Buhart and I. Michou, avocats,

interveners at first instance,

THE COURT (Grand Chamber)

composed of V. Skouris, President, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta (Rapporteur) and E. Levits, Presidents of Chamber, A. Rosas, U. Löhmus, M. Safjan and D. Šváby, Judges,

Advocate General: J. Kokott,
Registrar: L. Hewlett, Principal Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 9 February 2010,

after hearing the Opinion of the Advocate General at the sitting on 29 April 2010,

gives the following

Judgment

- 1 By their appeal, Akzo Nobel Chemicals Ltd ('Akzo') and Akcros Chemicals Ltd ('Akcros') seek to have set aside the judgment of the Court of First Instance of the European Communities (now 'the General Court') of 17 September 2007 in Joined Cases T-125/03 and T-253/03 *Akzo Nobel Chemicals and Akcros Chemicals v Commission*

(‘the judgment under appeal’), in so far as it rejected the claim of legal professional privilege for correspondence with Akzo’s in-house lawyer.

I — European Union law

- ² Article 14 of Council Regulation No 17 of 6 February 1962, First Regulation implementing Articles [81] and [82] of the Treaty (O), English Special Edition 1959-1962, p. 87) provides:

‘1. In carrying out the duties assigned to it by Article [105 TFEU] and by provisions adopted under Article [103 TFEU], the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings.

To this end the officials authorised by the Commission are empowered:

(a) to examine the books and other business records;

(b) to take copies of or extracts from the books and business records;

(c) to ask for oral explanations on the spot;

(d) to enter any premises; land and means of transport of undertakings.

2. The officials of the Commission authorised for the purpose of these investigations shall exercise their powers upon production of an authorisation in writing ...

3. Undertakings and associations of undertakings shall submit to investigations ordered by decision of the Commission. The decision shall specify the subject matter and purpose of the investigation, appoint the date on which it is to begin and indicate the penalties ... and the right to have the decision reviewed by the Court of Justice.

...'

II — Facts

In the judgment under appeal the General Court summarised the material facts as follows:

1. On 10 February 2003 the Commission adopted decision C(2003) 559/4, amending its decision C(2003) 85/4 of 30 January 2003, whereby the Commission ordered, inter alia, Akzo ... and Akcros ... and their respective subsidiaries to submit to an investigation on the basis of Article 14(3) of Regulation No 17... aimed at seeking

evidence of possible anti-competitive practices (together “the decision ordering the investigation”).

2. On 12 and 13 February 2003, Commission officials, assisted by representatives of the Office of Fair Trading (“OFT”, the British competition authority), carried out an investigation on the basis of the decision ordering the investigation at the applicants’ premises in Eccles, Manchester (United Kingdom). During the investigation the Commission officials took copies of a considerable number of documents.

3. In the course of those operations the applicants’ representatives informed the Commission officials that certain documents were likely to be covered by the protection of confidentiality of communications between lawyers and their clients (“legal professional privilege” or “LPP”).

4. The Commission officials then informed the applicants’ representatives that it was necessary for them to examine briefly the documents in question so that they could form their own opinion as to whether the documents should be privileged. Following a long discussion, and after the Commission officials and the OFT officials had reminded the applicants’ representatives of the consequences of obstructing investigations, it was decided that the leader of the investigating team would briefly examine the documents in question, with a representative of the applicants at her side.

5. During the examination of the documents in question, a dispute arose in relation to five documents which were ultimately treated in two different ways by the Commission.

...

8. The third document which gave rise to a dispute consists of a number of handwritten notes made by Akcros' ... general manager, which are said by the applicants to have been written during discussions with employees and used for the purpose of preparing the typewritten memorandum of Set A. Finally, the last two documents in issue are two e-mails, exchanged between Akcros' ... general manager and Mr S., Akzo's ... coordinator for competition law. The latter is enrolled as an Advocaat of the Netherlands Bar and, at the material time, was a member of Akzo's ... legal department and was therefore employed by that undertaking on a permanent basis.
9. After examining the last three documents and obtaining the applicants' observations, the head of the investigating team took the view that they were definitely not privileged. Consequently, she took copies of them and placed the copies with the rest of the file, without isolating them in a sealed envelope. The applicants identified the three documents as "Set B".
10. On 17 February 2003 the applicants sent the Commission a letter setting out the reasons why, in their view, the documents ... in Set B were protected by LPP.

11. By letter of 1 April 2003, the Commission informed the applicants that the arguments set forth in their letter of 17 February 2003 were insufficient to show that the documents in question were covered by LPP. However, the Commission pointed out that the applicants could submit observations on those provisional conclusions within two weeks, after which the Commission would adopt a final decision.

...

14. On 8 May 2003 the Commission adopted decision C(2003) 1533 final concerning a claim of legal privilege in the context of an investigation pursuant to Article 14(3) of Regulation No 17 ("the rejection decision of 8 May 2003"). In Article 1 of that decision the Commission rejects the applicants' request for the return of the documents in ... Set B and for confirmation by the Commission that all copies of those documents in its possession had been destroyed. ...

...

18. On 8 September 2003 ... at the request of the President of the Court of First Instance, the Commission sent the President, under confidential cover, a copy of the Set B documents..'

III — Procedure before the General Court and the judgment under appeal

- 4 The actions brought by the appellants before the General Court on 11 April and 4 July 2003 respectively, sought (i) the annulment of Commission Decision C(2003) 559/4 of 10 February 2003, and so far as necessary, of Commission decision C(2003) 85/4 of 30 January 2003 ordering Akzo, Akcros and their respective subsidiaries to submit to an investigation on the basis of Article 14(3) of Regulation No 17 (Case COMP/E-1/38.589) and (ii) an order requiring the Commission to return certain documents seized in the course of the investigation in question and not to use their contents (Case T-125/03) and the annulment of the rejection decision of 8 May 2003 (Case T-253/03).

- 5 By the judgment under appeal, the General Court dismissed the action for annulment of the decision ordering the investigation (Case T-125/03) as inadmissible and the action for annulment of the rejection decision of 8 May 2003 (Case T-253/03) as unfounded.

IV — Forms of order sought

- 6 Akzo/Akcros claim that the Court should:
 - set aside that the judgment under appeal, in so far as the General Court rejected the claim of legal professional privilege for communications with Akzo's in-house lawyer;

- annul the rejection decision of 8 May 2003, in so far as it refused to return the e-mail correspondence with Akzo's in-house lawyer (part of Set B documents); and

 - order the Commission to pay the costs of the appeal and of the proceedings before the General Court in as far as they concern the plea raised in the present appeal.
- 7 The Conseil des barreaux européen, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment in so far as the General Court denies that the communications between Akzo and Mr S. benefit from legal professional privilege, and either annul the rejection decision of 8 May 2003 to the same extent or alternatively, if the Court should take the view that the matter is not in a state for it to rule upon the application, remit the matter to the General Court; and

 - order the Commission to pay the costs incurred by it in the appeal proceedings and the proceedings before the General Court, in so far as they relate to the issues taken on appeal.
- 8 The Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal in so far as it rejected the claim by Akzo that two e-mails exchanged between Ackros' general manager and Akzo's in-house lawyer were not covered by the Community concept of legal professional

privilege in view of the employment relationship between that in-house lawyer and Akzo; and

- order the Commission to pay its costs in the proceedings before the General Court and in this appeal.
- 9 The European Company Lawyers Association, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal in so far as the General Court held that the communications between Akcros and the member of the legal department of Akzo were not subject to legal professional privilege; and
 - order the Commission to pay its costs.
- 10 The Association of Corporate Council Association (ACCA) – European Chapter, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal in so far as the General Court rejected the claim of legal professional privilege for e-mail correspondence with Akzo's in-house lawyer (part of the Set B documents);

- annul the Commission's decision of 8 May 2003 refusing to return to the appellants copies of that e-mail correspondence or, alternatively, refer the matter back to the General Court; and

 - order the Commission to pay the costs in connection with these proceedings and the proceedings before the General Court in so far as they relate to the issue under appeal.
- 11 The International Bar Association, intervener at first instance, claims that the Court should:
- set aside the judgment under appeal to the extent that it denies that the Set B e-mails exchanged between Akzo Nobel and Mr S. benefit from legal professional privilege; and

 - order the Commission to pay the International Bar Association's costs of the appeal proceedings and of the proceedings before the General Court to the extent that the costs relate to issues considered in the appeal.
- 12 The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands, interveners on appeal, endorse the form of order sought by Akzo and Akcros.

13 The Commission contends that the Court should:

- dismiss the appeal; and

- order the appellants to pay the costs.

V — The appeal

A — Subject-matter of the appeal

- 14 The appeal concerns exclusively one part of the Series B documents, namely two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. When the investigations were carried out at the appellants' premises in the United Kingdom, Mr S., a member of the Netherlands Bar, was employed in the legal department of Akzo, a company incorporated under English law. The Commission added copies of those e-mails to the file.
- 15 The Commission has stated, without being contradicted on that point by the appellants, that its decision of 11 November 2009 to impose fines in the context of the procedure which had given rise to the investigations carried out in 2003 at the premises of Akzo and Akcros (Case COMP/38.589 – Heat stabilisers; SEC(2009) 1559 and SEC(2009) 1560) was not based on those two e-mails. The Commission's statement

that no exchange of information with the national competition authorities has taken place with respect to those e-mails has also not been contradicted.

B — Appellants' interest in bringing proceedings

1. Arguments of the parties

- ¹⁶ First of all, the Commission questions whether Akzo and Akcros have an interest in bringing proceedings. The two e-mails do not fulfil the first condition for legal professional privilege set out in paragraphs 21 and 23 of the judgment in Case 155/79 *AM & S Europe v Commission* [1982] ECR 1575, according to which legal advice must be requested and given for the purposes of the client's rights of defence. The first e-mail is merely a request for comments on a draft letter to be sent to a third party. The second e-mail contains mere changes to the wording.
- ¹⁷ Therefore, the Commission takes the view that the two e-mails cannot in any event be covered by legal professional privilege.
- ¹⁸ Next, the Commission states that the appellants do not claim that the documents at issue fulfil the first condition for legal professional privilege laid down in paragraphs 21 and 23 of *AM & S Europe v Commission*.

- 19 Finally, the Commission adds that Akzo's and Akcros' interest in bringing proceedings ceased at the latest on the date of its decision of 11 November 2009 imposing fines on them.
- 20 Akzo and Akcros reply that the content of the two e-mails was never examined by the General Court. It upheld the rejection decision of 8 May 2003 on the basis that the documents at issue could not be privileged because they were not communications with an external lawyer. Moreover, that decision excluded legal professional privilege not because of the content of the documents at issue, but solely because of the status of the lawyer concerned.
- 21 Akzo and Akcros submit that the question whether the two e-mails fulfil the first condition required for legal professional privilege is a question of fact which has not yet been decided. That issue cannot be resolved in the present proceedings, which are limited to questions of law.

2. Findings of the Court

- 22 In answer to the objection raised by the Commission, it must be recalled that the interest in bringing proceedings is a condition of admissibility which must continue up to the Court's decision in the case (see, Joined Cases C-373/06 P, C-379/06 P and C-382/06 P *Flaherty and Others v Commission* [2008] ECR I-2649, paragraph 25 and the case-law cited).

23 The Court also stated that such an interest exists as long as the appeal may, if successful, procure an advantage to the party bringing it (see, Case C-277/01 P *Parliament v Samper* [2003] ECR I-3019, paragraph 28, and Case C-362/05 P *Wunenburger v Commission* [2007] ECR I-4333, paragraph 42, and order of 8 April 2008 in Case C-503/07 *Saint-Gobain Glass Deutschland v Commission* [2008] ECR I-2217, paragraph 48 and the case-law cited).

24 As regards the present appeal, the Commission's assertion that the two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. clearly could not be covered by legal professional privilege, is not capable of affecting the appellants' interest in bringing proceedings. Such an argument, which seeks to show that the General Court rightly held that the two e-mails at issue are not covered by legal professional privilege is not a matter of admissibility, but pertains to the substance of the appeal.

25 As to the Commission's argument that the adoption of the decision of 11 November 2009 eliminated the appellants' interest in pursuing the present proceedings, it must be recalled that, by the rejection decision of 8 May 2003, which is the subject-matter of the judgment under appeal, the Commission refused to accede to the appellants' request, inter alia, to return to them the two e-mails exchanged between the Director General of Akcros and Mr S. and to confirm that all the copies of those documents in its possession had been destroyed. Any breach of legal professional privilege in the course of investigations does not take place when the Commission relies on a privileged document in a decision on the merits, but when such a document is seized by one of its officials. In those circumstances, the appellants' interest in bringing proceedings continues for at least as long as the Commission has the documents referred to in the rejection decision of 8 May 2003 or copies thereof.

²⁶ In those circumstances, Akzo and Akcros have an interest in bringing this appeal.

C — Substance

²⁷ Akzo and Akcros put forward three grounds of appeal, the first as the principal ground of appeal and the second and third as alternative grounds.

²⁸ All the grounds of appeal are directed against paragraphs 165 to 180 of the judgment under appeal. The appellants submit in essence that the General Court wrongly refused to apply legal professional privilege to the two e-mails exchanged with Mr S.

²⁹ The European Company Lawyers Association, intervener at first instance, and Ireland, intervener before the Court, have argued that by the judgment under appeal the General Court infringed the right to property and professional freedom. It must be observed that Akzo and Akcros did not raise those pleas at first instance. In those circumstances they must be rejected as inadmissible.

1. The first ground of appeal

³⁰ Akzo and Akcros base the first ground of appeal on two arguments. They submit, first of all, that the General Court incorrectly interpreted the second condition for legal professional privilege, which concerns the professional status of the lawyer with whom communications are exchanged, as laid down in the *AM & S Europe v Commission* judgment, and, second, that by that interpretation the General Court breached the principle of equality.

³¹ The Commission submits that that ground of appeal is unfounded.

(a) The first argument

(i) Arguments of the parties

³² Akzo and Akcros submit that the General Court, in paragraphs 166 and 167 of the judgment under appeal, gave a 'literal and partial interpretation' in *AM & S Europe v Commission* of the second condition of legal professional privilege relating to the lawyer's status. The General Court should have chosen a 'teleological' interpretation of that condition and should have held that the exchanges at issue were protected by that principle.

- ³³ Akzo and Akcros submit that paragraph 21, read in conjunction with paragraph 24, of *AM & S Europe v Commission*, reveals that the Court of Justice does not equate the existence of an employment relationship with a lack of independence on the part of the lawyer.
- ³⁴ Akzo and Akcros, and a number of the interveners, submit that the criterion that the lawyer must be independent cannot be interpreted so as to exclude in-house lawyers. An in-house lawyer enrolled at a Bar or Law Society is, simply on account of his obligations of professional conduct and discipline, just as independent as an external lawyer. Furthermore, the guarantees of independence enjoyed by an 'advocaat in dienstbetrekking', that is an enrolled lawyer in an employment relationship under Dutch law, are particularly significant.
- ³⁵ Akzo and Akcros observe that the rules of professional ethics and discipline applicable in the present case make the employment relationship fully compatible with the concept of an independent lawyer. They argue that the contract between Mr S. and the company which employed him provided that the company was to respect the lawyer's freedom to perform his functions independently and to refrain from any act which might affect that task. The contract also authorised Mr S. to comply with all the professional obligations imposed by the Netherlands Bar.
- ³⁶ Akzo and Akcros add that the employed lawyer concerned in this case is subject to a code of conduct and to the supervision of the Netherlands Bar. Furthermore, regulations lay down a certain number of additional guarantees aiming to resolve in an impartial manner any differences of opinion between the undertaking and its in-house lawyer.

- ³⁷ The Commission states that the application, by the General Court, of legal professional privilege was correct. It is clear from paragraphs 24 to 26 of the judgment in *AM & S Europe v Commission* that the fundamental quality required of a lawyer so that communications with him are privileged is that he is not an employee of his client.
- ³⁸ Accordingly, in the Commission's view, if the Court had wanted legal professional privilege to apply also to communications exchanged with lawyers who are employed by the person who asks their advice, it would not have limited the scope of the second condition, as set out in paragraph 21 of *AM & S Europe v Commission*.
- ³⁹ The Commission submits that in *AM & S Europe v Commission* the Court placed lawyers in one of the following two categories: (i) employed salaried lawyers and (ii) lawyers who are not bound by a contract of employment. Only documents drafted by lawyers in the second category were regarded as being covered by legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

- ⁴⁰ It must be recalled that, in *AM & S Europe v Commission*, the Court, taking account of the common criteria and similar circumstances existing at the time in the national laws of the Member States, held, in paragraph 21 of that judgment, that the confidentiality of written communications between lawyers and clients should be protected at Community level. However, the Court stated that that protection was subject to two cumulative conditions.

- 41 In that connection, the Court stated, first, that the exchange with the lawyer must be connected to 'the client's rights of defence' and, second, that the exchange must emanate from 'independent lawyers,' that is to say 'lawyers who are not bound to the client by a relationship of employment.'
- 42 As to the second condition, the Court observed, in paragraph 24 of the judgment in *AM & S Europe v Commission*, that the requirement as to the position and status as an independent lawyer, which must be fulfilled by the legal adviser from whom the written communications which may be protected emanate, is based on a conception of the lawyer's role as collaborating in the administration of justice and as being required to provide, in full independence and in the overriding interests of that cause, such legal assistance as the client needs. The counterpart to that protection lies in the rules of professional ethics and discipline which are laid down and enforced in the general interest. The Court also held, in paragraph 24, that such a conception reflects the legal traditions common to the Member States and is also to be found in the legal order of the European Union, as is demonstrated by the provisions of Article 19 of the Statute of the Court of Justice.
- 43 The Court repeated those findings in paragraph 27 of that judgment, according to which written communications which may be protected by legal professional privilege must be exchanged with 'an independent lawyer, that is to say one who is not bound to his client by a relationship of employment.'
- 44 It follows that the requirement of independence means the absence of any employment relationship between the lawyer and his client, so that legal professional privilege does not cover exchanges within a company or group with in-house lawyers.
- 45 As the Advocate General observed in points 60 and 61 of her Opinion, the concept of the independence of lawyers is determined not only positively, that is by reference to professional ethical obligations, but also negatively, by the absence of an employment

relationship. An in-house lawyer, despite his enrolment with a Bar or Law Society and the professional ethical obligations to which he is, as a result, subject, does not enjoy the same degree of independence from his employer as a lawyer working in an external law firm does in relation to his client. Consequently, an in-house lawyer is less able to deal effectively with any conflicts between his professional obligations and the aims of his client.

- ⁴⁶ As regards the professional ethical obligations relied on by the appellants in order to demonstrate Mr S's independence, it must be observed that, while the rules of professional organisation in Dutch law mentioned by Akzo and Akcros may strengthen the position of an in-house lawyer within the company, the fact remains that they are not able to ensure a degree of independence comparable to that of an external lawyer.
- ⁴⁷ Notwithstanding the professional regime applicable in the present case in accordance with the specific provisions of Dutch law, an in-house lawyer cannot, whatever guarantees he has in the exercise of his profession, be treated in the same way as an external lawyer, because he occupies the position of an employee which, by its very nature, does not allow him to ignore the commercial strategies pursued by his employer, and thereby affects his ability to exercise professional independence.
- ⁴⁸ It must be added that, under the terms of his contract of employment, an in-house lawyer may be required to carry out other tasks, namely, as in the present case, the task of competition law coordinator, which may have an effect on the commercial policy of the undertaking. Such functions cannot but reinforce the close ties between the lawyer and his employer.

- 49 It follows, both from the in-house lawyer's economic dependence and the close ties with his employer, that he does not enjoy a level of professional independence comparable to that of an external lawyer.
- 50 Therefore, the General Court correctly applied the second condition for legal professional privilege laid down in the judgment in *AM & S Europe v Commission*.
- 51 Accordingly, the first argument put forward by Akzo and Ackros under the first ground of appeal cannot be accepted.

(b) The second argument

(i) Arguments of the parties

- 52 Akzo and Akcros submit that, in paragraph 174 of the judgment under appeal, the General Court wrongly rejected the claim that refusing to apply legal professional privilege to correspondence exchanged with an in-house lawyer violates the principle of equal treatment. The independence guaranteed by the rules of professional ethics and discipline applicable in the present case should be the benchmark for determining the scope of that principle. According to that criterion, the position of in-house lawyers enrolled with a Bar or Law Society is no different from that of external lawyers.

- 53 The Commission takes the view that the General Court, in paragraph 174 of the judgment under appeal, rightly held that in-house lawyers and external lawyers are clearly in very different situations, owing, in particular, to the personal, functional, structural and hierarchical integration of in-house lawyers within the companies that employ them.

(iii) Findings of the Court

- 54 It must be recalled that the principle of equal treatment is a general principle of European Union law, enshrined in Articles 20 and 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.
- 55 According to settled case-law, that principle requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (see Case C-344/04 *IATA and ELFAA* [2006] ECR I-403, paragraph 95; Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, paragraph 56; and Case C-127/07 *Arcelor Atlantique et Lorraine and Others* [2008] ECR I-9895, paragraph 23).
- 56 As to the essential characteristics of those two categories of lawyer, namely their respective professional status, it is clear from paragraphs 45 to 49 of this judgment that, despite the fact that he may be enrolled with a Bar or Law Society and that he is subject to a certain number of professional ethical obligations, an in-house lawyer does not enjoy a level of professional independence equal to that of external lawyers.

- ⁵⁷ As the Advocate General stated, in point 83 of her Opinion, that difference in terms of independence is still significant, even though the national legislature, the Netherlands legislature in this case, seeks to treat in-house lawyers in the same way as external lawyers. After all, such equal treatment relates only to the formal act of admitting an in-house lawyer to a Bar or Law Society and the professional ethical obligations incumbent on him as a result of such admission. On the other hand, that legislative framework does not alter the economic dependence and personal identification of a lawyer in an employment relationship with his undertaking.
- ⁵⁸ It follows from those considerations that in-house lawyers are in a fundamentally different position from external lawyers, so that their respective circumstances are not comparable for the purposes of the case-law set out in paragraph 55 of this judgment.
- ⁵⁹ Therefore, the General Court rightly held that there was no breach of the principle of equal treatment.
- ⁶⁰ Consequently, the second argument put forward as part of the first ground of appeal must also be rejected.
- ⁶¹ Therefore, that ground of appeal must be rejected in its entirety.

2. The second ground of appeal

- ⁶² Should the Court consider that the General Court has not erred in its interpretation of *AM & S Europe v Commission*, and that, by that judgment pronounced in 1982, it

intended to exclude from the benefit of legal professional privilege correspondence with lawyers bound by a relationship of employment, Akzo and Akcros put forward, in the alternative, a second ground of appeal which consists of two arguments, each being divided into two parts.

- ⁶³ In the first argument, the appellants, supported by a number of interveners, rely on the evolution of the national legal systems, on the one hand, and European Union law on the other. Akzo and Akcros base their second argument on the rights of defence and the principle of legal certainty.
- ⁶⁴ In the Commission's view none of the arguments put forward support the ground of appeal.

(a) The first part of the first argument (evolution of the national legal systems)

(i) Arguments of the parties

- ⁶⁵ Akzo and Akcros submit that, having regard to significant recent developments 'in the legal landscape' since 1982, the General Court should have 'reinterpreted' the judgment in *AM & S Europe v Commission*, as far as concerns the principle of legal professional privilege.

- ⁶⁶ Akzo and Akcros take the view that, in paragraphs 170 and 171 of the judgment under appeal, the General Court wrongly refused to widen the personal scope of legal professional privilege on the ground that national laws are not unanimous and unequivocal in recognising legal professional privilege for communications with in-house lawyers. Notwithstanding the lack of a uniform tendency at national level, European Union law could set legal standards for the protection of the rights of defence which are higher than those set in certain national legal orders.
- ⁶⁷ The Commission observes that, by their plea, the appellants are essentially asking the Court to change the case-law deriving from the judgment in *AM & S Europe v Commission*.
- ⁶⁸ The Commission states that the appellants do not challenge the General Court's finding that there is no clear majority support in the laws of the Member States for the premiss that communications with in-house lawyers should be protected by legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

- ⁶⁹ It must be recalled that the Court stated, in its reasoning in the judgment in *AM & S Europe v Commission* relating to legal professional privilege in investigation procedures in matters of competition law, that that area of European Union law must take into account the principles and concepts common to the laws of the Member States concerning the observance of confidentiality, in particular, as regards certain communications between lawyer and client (see paragraph 18 of that judgment). For that purpose, the Court compared various national laws.

- ⁷⁰ The Court observed, in paragraphs 19 and 20 of the judgment in *AM & S Europe v Commission* that, although the protection of written communications between lawyer and client is generally recognised, its scope and the criteria for applying it vary in accordance with the different national rules. However, the Court acknowledged, on the basis of that comparison, that legal professional privilege should be protected under European Union law, as long as the two conditions laid down in paragraph 21 of that judgment are fulfilled.
- ⁷¹ As the General Court held, in paragraph 170 of the judgment under appeal, even though it is true that specific recognition of the role of in-house lawyers and the protection of communications with such lawyers under legal professional privilege was relatively more common in 2004 than when the judgment in *AM & S Europe v Commission* was handed down, it was nevertheless not possible to identify tendencies which were uniform or had clear majority support in the laws of the Member States.
- ⁷² Furthermore, it is clear from paragraph 171 of the judgment under appeal that a comparative examination conducted by the General Court shows that a large number of Member States still exclude correspondence with in-house lawyers from protection under legal professional privilege. Additionally, a considerable number of Member States do not allow in-house lawyers to be admitted to a Bar or Law Society and, accordingly, do not recognise them as having the same status as lawyers established in private practice.
- ⁷³ In that connection, Akzo and Akcros themselves accept that no uniform tendency can be established in the legal systems of the Member States towards the assimilation of in-house lawyers and lawyers in private practice.
- ⁷⁴ Therefore no predominant trend towards protection under legal professional privilege of communications within a company or group with in-house lawyers may be discerned in the legal systems of the 27 Member States of the European Union.

75 In those circumstances, and contrary to the appellants' assertions, the legal regime in the Netherlands cannot be regarded as signalling a developing trend in the Member States, or as a relevant factor for determining the scope of legal professional privilege.

76 The Court therefore considers that the legal situation in the Member States of the European Union has not evolved, since the judgment in *AM & S Europe v Commission* was delivered, to an extent which would justify a change in the case-law and recognition for in-house lawyers of the benefit of legal professional privilege.

77 The first part of the first argument must therefore be dismissed.

(b) The second part of the first argument (development of the law of the European Union)

(i) Arguments of the parties

78 Akzo and Akcros submit that the General Court, in paragraphs 172 and 173 of the judgment under appeal, disregarded the relevance of the development of European Union law, resulting in particular from the entry into force of Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ 2003 L 1, p. 1).

- ⁷⁹ According to Akzo and Akcros, the ‘modernisation’ of the procedural rules on cartels has increased the need for in-house legal advice, the importance of which should not be underestimated in preventing infringements of competition law, since in-house lawyers are able to rely on intimate knowledge of the undertakings and their activities.
- ⁸⁰ Akzo and Akcros add that the establishment of compliance programmes, which are desirable in the interest of the correct application of European Union competition law, requires that exchanges within an undertaking or group with in-house lawyers may take place in a confidential environment.
- ⁸¹ The Commission takes the view that the findings of the General Court in the judgment under appeal concerning the ground of appeal put forward by Akzo and Akcros are in no way vitiated by an error of law.
- ⁸² The Commission submits that the provisions of Regulation No 1/2003 have no effect on the scope of legal professional privilege.

(ii) Findings of the Court

- ⁸³ Although it is true that Regulation 1/2003 has introduced a large number of amendments to the rules of procedure relating to European Union competition law, it is also the case that those rules do not suggest that they require lawyers in independent practice and in-house lawyers to be treated in the same way with respect to

legal professional privilege, since that principle is not at all the subject-matter of the regulation.

- ⁸⁴ It is clear from the provisions of Article 20 of Regulation No 1/2003 that the Commission may conduct all necessary inspections of undertakings and associations of undertakings, and in that context, examine the books and other records related to the business, irrespective of the medium on which they are stored, and also take or obtain in any form copies or extracts of such books or records.
- ⁸⁵ That regulation, like Article 14(1)(a) and (b) of Regulation No 17, has therefore defined the powers of the Commission broadly. As it is clear from Recitals 25 and 26 in the preamble to Regulation No 1/2003, the detection of infringements of the competition rules is growing ever more difficult, and, in order to protect competition effectively and safeguard the effectiveness of inspections, the Commission should be empowered to enter any premises where business records may be kept, including private homes.
- ⁸⁶ Thus, Regulation No 1/2003, contrary to the appellants' assertions, does not aim to require in-house and external lawyers to be treated in the same way as far as concerns legal professional privilege, but aims to reinforce the extent of the Commission's powers of inspection, in particular as regards documents which may be the subject of such measures.
- ⁸⁷ Therefore, the amendment of the rules of procedure for competition law, resulting in particular from Regulation No 1/2003, is also unable to justify a change in the case-law established by the judgment in *AM & S Europe v Commission*.

- 88 Therefore, the second part of the first argument must also be dismissed.
- 89 It follows that the first argument put forward under the second plea must be rejected in its entirety.

(c) The first part of the second argument (rights of the defence)

(i) Arguments of the parties

- 90 Akzo and Akcros submit that the General Court's interpretation, in paragraph 176 of the judgment under appeal, concerning the scope of legal professional privilege, lowers the level of protection of the rights of defence of undertakings. Recourse to legal advice from an in-house lawyer would not be as valuable and its usefulness would be limited if the exchanges within an undertaking or group with such a lawyer were not protected by legal professional privilege.
- 91 The Commission takes the view that, contrary to the appellants' submissions, the rights of defence are in no way undermined by the interpretation of the scope of legal professional privilege adopted by the General Court.

(ii) Findings of the Court

- ⁹² It must be recalled that in all proceedings in which sanctions, especially fines or penalty payments, may be imposed observance of the rights of the defence is a fundamental principle of European Union law which has been emphasised on numerous occasions in the case-law of the Court (see, Case C-194/99 P *Thyssen Stahl v Commission* [2003] ECR I-10821, paragraph 30; Case C-289/04 P *Showa Denko v Commission* [2006] ECR I-5859, paragraph 68; Case C-3/06 P *Groupe Danone v Commission* [2007] ECR I-1331, paragraph 68), and which has been enshrined in Article 48(2) of the Charter of Fundamental Right of the European Union.
- ⁹³ By this ground of appeal, the appellants seek to establish that the rights of the defence must include the right of freedom of choice as to the lawyer who will provide legal advice and representation and that legal professional privilege forms part of those rights, regardless of the professional status of the lawyer concerned.
- ⁹⁴ In that connection, it must be observed that, when an undertaking seeks advice from its in-house lawyer, it is not dealing with an independent third party, but with one of its employees, notwithstanding any professional obligations resulting from enrolment at a Bar or Law Society.
- ⁹⁵ It should be added that, even assuming that the consultation of in-house lawyers employed by the undertaking or group were to be covered by the right to obtain legal advice and representation, that would not exclude the application, where in-house lawyers are involved, of certain restrictions and rules relating to the exercise of the profession without that being regarded as adversely affecting the rights of the defence. Thus, in-house lawyers are not always able to represent their employer before

all the national courts, although such rules restrict the possibilities open to potential clients in their choice of the most appropriate legal counsel.

⁹⁶ It follows from those considerations that any individual who seeks advice from a lawyer must accept the restrictions and conditions applicable to the exercise of that profession. The rules on legal professional privilege form part of those restrictions and conditions.

⁹⁷ Therefore, the argument alleging breach of the rights of the defence is unfounded.

(d) The second part of the second argument (principle of legal certainty)

(i) Arguments of the parties

⁹⁸ Akzo and Akcros submit that the findings of the General Court undermine the principle of legal certainty, since Article 101 TFEU is often applied in parallel with the corresponding national provisions. Legal professional privilege for correspondence with in-house lawyers should not therefore depend on whether it is the Commission or a national competition authority which carries out an investigation.

- ⁹⁹ The Commission argues to the contrary that, if legal professional privilege, which is applicable to its investigations, were no longer defined at European Union level but under national law, that would give rise to complex and uncertain situations for all the persons concerned, which would prejudice the principle of legal certainty relied on by Akzo and Akcros.

(ii) Findings of the Court

- ¹⁰⁰ It must be recalled that legal certainty is a general principle of European Union law which requires in particular that rules involving negative consequences for individuals should be clear and precise and their application predictable for those subject to them (see Case C-110/03 *Belgium v Commission* [2005] ECR I-2801, paragraph 30; Case C-76/06 P *Britannia Alloys & Chemicals v Commission* [2007] ECR I-4405, paragraph 79; and Case C-226/08 *Stadt Papenburg* [2010] ECR I-131, paragraph 45).
- ¹⁰¹ In answer to the complaint based on the abovementioned principle, it should be observed that the General Court's interpretation in the judgment under appeal that exchanges within an undertaking or group with in-house lawyers are not covered by legal professional privilege in the context of an investigation carried out by the Commission does not give rise to any legal uncertainty as to the scope of that protection.
- ¹⁰² The Commission's powers under Regulation No 17 and Regulation No 1/2003 may be distinguished from those in enquiries which may be carried out at national level. Both

types of procedure are based on a division of powers between the various competition authorities. The rules on legal professional privilege may, therefore, vary according to that division of powers and the rules relevant to it.

¹⁰³ The Court has held in that connection that restrictive practices are viewed differently by European Union law and national law. Whilst Articles 101 TFEU and 102 TFEU view them in the light of the obstacles which may result for trade between the Member States, each body of national legislation proceeds on the basis of considerations peculiar to it and considers restrictive practices solely in that context (see, to that effect, Case C-67/91 *Asociación Española de Banca Privada and Others* [1992] ECR I-4785, paragraph 11).

¹⁰⁴ In those circumstances, the undertakings whose premises are searched in the course of a competition investigation are able to determine their rights and obligations vis-à-vis the competent authorities and the law applicable, as, for example, the treatment of documents likely to be seized in the course of such an investigation and whether the undertakings concerned are entitled to rely on legal professional privilege in respect of communications with in-house lawyers. The undertakings can therefore determine their position in the light of the powers of those authorities and specifically of those concerning the seizure of documents.

¹⁰⁵ Therefore, the principle of legal certainty does not require that identical criteria be applied as regards legal professional privilege in those two types of procedure.

¹⁰⁶ Accordingly, the fact that, in the course of an investigation by the Commission, legal professional privilege is limited to exchanges with external lawyers in no way undermines the principle relied on by Akzo and Akcros.

¹⁰⁷ Therefore, the argument based on the principle of legal certainty is unfounded.

¹⁰⁸ It follows that the second ground of appeal must be dismissed in its entirety.

3. The third ground of appeal

(a) Arguments of the parties

¹⁰⁹ In the further alternative, Akzo and Akcros claim that the findings of the General Court, taken as a whole, violate the principle of national procedural autonomy and the principle of the conferred powers.

¹¹⁰ Akzo and Akcros state that Article 22(2) of Regulation No 1/2003 expresses the principle of national autonomy in procedural matters in the area in question. The European Union legislature expressly stated that, even in the case of inspections carried out at the request of the Commission in order to establish an infringement of the provisions of Article 101 TFEU or Article 102 TFEU, the agents of the national competition authority are to exercise their powers in accordance with their national rules.

The legislature has not given a harmonised definition of legal professional privilege, which means that the Member States remain sovereign to decide that specific aspect of the protection of rights of defence.

- 111 The Commission submits that the judgment under appeal does not breach the principles referred to in the third ground of appeal. The principle of national procedural autonomy governs situations in which the courts and administrations of the Member States are required to implement European Union law, but does not apply where the legal limits of the actions of the institutions themselves are at issue.
- 112 The Commission concludes that the uniform scope of legal professional privilege throughout the European Union with respect to the procedures seeking to establish an infringement of Article 101 TFEU and Article 102 TFEU constituted a proper application of the judgment in *AM & S Europe v Commission* by the General Court. Consequently there has also been no breach of the principle of conferred powers.

(b) Findings of the Court

- 113 It must be recalled that, in accordance with the principle of national procedural autonomy, in the absence of European Union rules governing the matter, it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts and tribunals having jurisdiction and to lay down the detailed procedural rules governing actions for safeguarding rights which individuals derive from European Union law (see, to that

effect, Case 33/76 *Rewe* [1976] ECR 1989, paragraph 5; Case C-213/89 *Factortame and Others* [1990] ECR I-2433, paragraph 19; Case C-312/93 *Peterbroeck* [1995] ECR I-4599, paragraph 12; and Case C-13/01 *Safalero* [2003] ECR I-8679, paragraph 49).

- ¹¹⁴ However, in the present case, the Court is called on to decide on the legality of a decision taken by an institution of the European Union on the basis of a regulation adopted at European Union level, which, moreover, does not refer back to national law.
- ¹¹⁵ The uniform interpretation and application of the principle of legal professional privilege at European Union level are essential in order that inspections by the Commission in anti-trust proceedings may be carried out under conditions in which the undertakings concerned are treated equally. If that were not the case, the use of rules or legal concepts in national law and deriving from the legislation of a Member State would adversely affect the unity of European Union law. Such an interpretation and application of that legal system cannot depend on the place of the inspection or any specific features of the national rules.
- ¹¹⁶ As far as concerns the principle of conferred powers, it must be stated that the rules of procedure with respect to competition law, as set out in Article 14 of Regulation No 17 and Article 20 of Regulation No 1/2003, are part of the provisions necessary for the functioning of the internal market whose adoption is part of the exclusive competence conferred on the Union by virtue of Article 3(1)(b) TFEU.
- ¹¹⁷ In accordance with the provisions of Article 103 TFEU, it is for the European Union to lay down the regulations or directives to give effect to the principles in Articles 101 TFEU and 102 TFEU concerning the competition rules applicable to undertakings.

That power aims, in particular, to ensure observance of the prohibitions referred to in those articles by the imposition of fines and periodic penalty payments and to define the Commission's role in the application of those provisions.

¹¹⁸ In that connection, Article 105 TFEU provides that the Commission is to ensure the application of the principles laid down in Articles 101 TFEU and 102 TFEU and to investigate cases of suspected infringement.

¹¹⁹ As the Advocate General stated, in paragraph 172 of her Opinion, national law is applicable in the context of investigations conducted by the Commission as European competition authority only in so far as the authorities of the Member States lend their assistance, in particular with a view to overcoming opposition by the undertakings concerned through the use of coercive measures, in accordance with Article 14(6) of Regulation No 17 or Article 20(6) of Regulation No 1/2003. However, the question of which documents and business records the Commission may examine and copy as part of its inspections under antitrust legislation is determined exclusively in accordance with EU law.

¹²⁰ Accordingly, neither the principle of national procedural autonomy nor the principle of conferred powers may be invoked against the powers enjoyed by the Commission in the area in question.

¹²¹ Therefore, the third ground of appeal must also be dismissed.

¹²² It follows from all of the foregoing considerations that the appeal is unfounded.

Costs

- ¹²³ Under Article 69(2) of the Rules of Procedure, which applies to appeal proceedings by virtue of Article 118 thereof, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since the Commission applied for costs and Akzo and Akcros have been unsuccessful, the latter must be ordered to pay the costs. As they have brought the appeal jointly, they are to be jointly and severally liable for them.
- ¹²⁴ The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Kingdom of the Netherlands, as interveners in the proceedings before the Court, are each to bear their own costs, in accordance with the first paragraph of Article 69(4) of the Rules of Procedure.
- ¹²⁵ The other parties to the proceedings, which supported the appeal and which were unsuccessful, are to bear their own costs by analogous application of the third paragraph of Article 69(4) of the Rules of Procedure.

On those grounds, the Court (Grand Chamber) hereby:

- 1. Dismisses the appeal;**

- 2. Orders the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Ireland and the Kingdom of the Netherlands to bear their own costs;**

- 3. Orders the Conseil des barreaux européens, the Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, the European Company Lawyers Association, the American Corporate Counsel Association (ACCA) – European Chapter and the International Bar Association to bear their own costs;**

- 4. Orders the remainder of the costs of the proceedings to be born jointly and severally by Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akcros Chemicals Ltd.**

[Signatures]

Ondernemingsrecht, Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?

Bijgewerkt tot 2012-12-20.

Anti-corruptie compliance: wat te doen als het mis gaat?

Auteur: Mr. drs. M.J.C. Somsen en mr. R. van Staden ten Brink¹

Compliance-programma's beperken de kans dat zich omkoping voordoet, maar sluiten het niet uit. In sommige landen is het doen van onzakelijke betalingen aan overheidsfunctionarissen nog steeds gebruikelijk om opdrachten of vergunningen te bemachtigen. Werknemers kunnen in die landen ten onrechte op eigen initiatief besluiten dat de commerciële belangen van de onderneming zwaarder moeten wegen dan naleving van wetgeving en het beleid van de onderneming. Wanneer zich dit soort misstanden voordoen is intern onderzoek vaak aangewezen. In dit artikel geven wij een korte schets van het internationaal-juridisch kader en gaan wij in op de redenen voor een intern onderzoek, de aanpak ervan en de dilemma's die erbij opkomen. Ook bespreken wij een aantal trends en ontwikkelingen.

1. Inleiding

Eginhard Vietz, de 71-jarige Duitse oprichter van een internationaal bedrijf dat oliepijpleidingen aanlegt, gaf in 2010 in een interview met *Handelsblatt* ruitlerijk toe gedurende zijn carrière meermaals in het buitenland smeergeld te hebben betaald.² 'Ohne schmiergeld geht es nicht', zo bezwoer hij, en anti-corruptie compliance noemde hij 'reine Heuchelei'. Een maand later vielen de Duitse opsporingsdiensten bij Vietz binnen. Vietz riskeerde vijf jaar gevangenisstraf, maar kwam er uiteindelijk met een boete van € 50.000 vanaf.³

Voor omkoping van buitenlandse functionarissen bestond in het verleden enige tolerantie. De heer Vietz ging er kennelijk vanuit dat dit nog steeds zo zou zijn. Het toegenomen maatschappelijk bewustzijn van ondernemingen en de toegenomen handhaving maken echter dat multinationals zich een dergelijke houding niet meer kunnen veroorloven. De meeste multinationals hebben in de laatste jaren uitgebreide compliance programma's ingevoerd, die (buitenlandse) omkoping beogen te voorkomen.

Compliance programma's beperken de kans dat zich omkoping voordoet, maar sluiten het niet uit. In sommige landen is het doen van onzakelijke betalingen aan overheidsfunctionarissen nog steeds gebruikelijk om opdrachten of vergunningen te bemachtigen. Werknemers kunnen in die landen ten onrechte op eigen initiatief besluiten dat de commerciële belangen van de onderneming (en vaak ook hun eigen daarmee verbonden belangen) zwaarder moeten wegen dan naleving van wetgeving en het beleid van de onderneming. Wanneer zich dit soort misstanden voordoen en bijvoorbeeld via een klokkenluidersmelding aan het licht komen, is intern onderzoek vaak aangewezen.

In dit artikel geven wij eerst een korte schets van het internationaal-juridisch kader met betrekking tot buitenlandse omkoping. Wij gaan vervolgens in op de redenen voor een intern onderzoek, de aanpak ervan en de dilemma's die daarbij opkomen. Tot slot bespreken wij een aantal trends en ontwikkelingen.

2. Juridisch kader

De Amerikaanse *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) verbiedt sinds 1977 omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen. De wet vindt zijn oorsprong in onder meer de *Lockheed*-affaire. De FCPA verbiedt – kort weergegeven – personen of bedrijven met een Amerikaans belang om betalingen aan een buitenlandse overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager te doen teneinde een handeling te laten verrichten of een beslissing te doen nemen die gericht is op verkrijging of behoud van een zakelijk belang. Uitgezonderd zijn zogenaamde *facilitation payments*: mits deugdelijk geadministreerd vallen betalingen ter versnelling of veiligstelling van 'routine governmental action' (verrichtingen waar men ook zonder de betalingen recht op had) er niet onder.⁴ De wet heeft een ruime extraterritoriale werking en raakt daarom niet uitsluitend Amerikaanse bedrijven: een beperkte connexiteit met de Verenigde Staten is al voldoende om onder de werkingssfeer van de FCPA te vallen. Nederlandse ondernemingen werden na Amerikaanse en Zwitserse ondernemingen in de periode 1977-2011 het vaakst getroffen door handhaving onder de FCPA.⁵

Handhaving van de FCPA vindt in strafrechtelijke zin plaats door de *Department of Justice* (DOJ) en in bestuursrechtelijke zin⁶ eveneens door de DOJ en voorts de *Securities and Exchange Commission* (SEC). Deze autoriteiten hebben in november 2012 gezamenlijke richtlijnen uitgegeven om de werkingssfeer en handhaving van de FCPA te verduidelijken.⁷ De DOJ en de SEC moedigen bedrijven hierin aan om wetsovertredingen zelf te melden om deze vervolgens zelf of door een extern advocatenkantoor te laten onderzoeken en interne maatregelen te treffen. Uit de richtlijnen⁸ blijkt dat een dergelijke coöperatieve houding kan leiden tot strafvermindering.⁹ Na afronding van het onderzoek vinden doorgaans schikkingsonderhandelingen plaats. Hieruit komen vaak overeenkomsten met autoriteiten voort, waarin de onderneming toezegt om (overigens doorgaans zonder schuld te erkennen) een betaling te doen en zich aan bepaalde voorwaarden te houden.¹⁰ Uitsluitend in exceptionele gevallen gaan de autoriteiten over tot strafvervolgning of bestuursrechtelijke handhaving.

De Verenigde Staten hebben na de invoering van de FCPA gepoogd om ook andere westerse landen te bewegen buitenlandse omkoping strafbaar te stellen. In 1997 tekenden een aantal landen van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) het Verdrag inzake de strafrechtelijke bestrijding van corruptie (het Verdrag), waarin ze zich tot strafbaarstelling van dit soort corruptie hebben verplicht. Net als de FCPA maakt het Verdrag een uitzondering voor *facilitation payments*, met de overweging dat de handhaving van dergelijke betalingen aan de autoriteiten van het betreffende land moet worden overgelaten. De toetreding tot en implementatie van het Verdrag verliep traag. Pas

nadat de Verenigde Staten in 1999 hadden besloten om de handhaving van de FCPA tot prioriteit te verheffen, hebben landen als het Verenigd Koninkrijk¹¹, Duitsland¹² en Nederland¹³ omkoping van buitenlandse overheidsfunctionarissen strafbaar gesteld.

Het Verenigd Koninkrijk heeft in 2011 de *U.K. Bribery Act* ingevoerd. Sectie 6 van deze wet verbiedt omkoping van een overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager. Sectie 7, die alleen van toepassing is op rechtspersonen, stelt ook strafbaar dat men een derde persoon er niet van weerhoudt om een overheidsfunctionaris of politiek ambtsdrager namens hem om te kopen. Bovendien kent de *U.K. Bribery Act* geen uitzondering voor *facilitation payments*. Dit leidde menig praktijkbeoefenaar er in 2010 toe om de *U.K. Bribery Act* als de strengste anti-corruptiewet ter wereld te kwalificeren. Een in 2011 door het (Britse) Ministerie van Justitie gepubliceerde richtlijn¹⁴ haalde echter de scherpe randen in belangrijke mate van de wet af. Deze richtlijn maakte duidelijk dat betalingen voor 'gastvrijheid, promotionele uitgaven en andere zakelijke betalingen' binnen bepaalde grenzen niet onder de werkingssfeer van het verbod vielen. Bovendien verduidelijkte de richtlijn dat in gevallen waarin een betaling of ander voordeel was aangeboden, dit uitsluitend strafbaar was indien kon worden aangetoond dat dit was gedaan met het doel zakelijk voordeel te behalen of te behouden.

In Nederland is omkoping van personen in buitenlandse openbare dienst strafbaar gesteld in art. 178a jo. art. 177 en 177a Sr. Uit een aanwijzing van het Openbaar Ministerie (OM) van 3 januari van dit jaar¹⁵ blijkt dat, hoewel *facilitation payments* strikt genomen onder het bereik van de strafbepalingen vallen, deze in de praktijk niet zullen worden vervolgd. In lijn met het Verdrag (en de FCPA) stelt ook het OM zich op het standpunt dat de betalingen dan wel transparant dienen te worden geadministreerd.

De Verenigde Staten nemen nog steeds het voortouw in de handhaving van buitenlandse omkoping. In de periode 1977-2011 hebben de Verenigde Staten in 488 gevallen handhavingsmaatregelen (met inbegrip van punitieve schikking) opgelegd.¹⁶ Ter vergelijking: in het Verenigd Koninkrijk werden in dezelfde periode 32 keer handhavingsmaatregelen getroffen en in Nederland slechts 8 keer.¹⁷ In de praktijk is de FCPA daarom nog steeds leidend in veel compliance-programma's en omkopingszaken.

3. Redenen voor het doen van Intern onderzoek

Er kunnen in een omkopingszaak diverse redenen zijn om een intern onderzoek uit te voeren. Zoals ook hiervoor is uiteengezet, zullen (Amerikaanse) autoriteiten in veel gevallen simpelweg eisen of verwachten dat een onderneming een intern onderzoek laat uitvoeren en de bevindingen met die autoriteiten deelt. Het komt ook voor dat autoriteiten informatieverzoeken doen die een intern onderzoek feitelijk noodzakelijk maken. Autoriteiten vragen dan zo veel of juist zo specifieke informatie op, dat het niet mogelijk is om aan een dergelijk verzoek te voldoen zonder uitvoerig intern (document)onderzoek.

Een andere reden tot het doen van intern onderzoek is de interne en externe communicatie. In de meeste omkopingszaken verdient het aanbeveling om te streven naar weinig publiciteit. Soms is de publieke aandacht en verontwaardiging echter zodanig, dat niet communiceren schadelijker is dan wel communiceren. Het is in dat geval in het belang van (het bestuur van) de onderneming om aan autoriteiten, aandeelhouders, werknemers en het publiek te laten zien dat de onderneming controle uitoefent over de situatie. Een intern onderzoek past in dit plaatje.

Een onderneming heeft in een omkopingszaak daarnaast vaak behoefte om disciplinaire maatregelen te treffen en nieuw beleid te gaan voeren dat soortgelijke incidenten in de toekomst moet voorkomen. Hiertoe is het nodig te onderzoeken wie er wetenschap had van en betrokkenheid bij het incident en waarom er niet tegen is opgetreden. Autoriteiten verwachten overigens ook dat ondernemingen maatregelen treffen en ervan blijk geven dat de onderneming lering uit het incident heeft getrokken.

Ook wordt een intern onderzoek vaak uitgevoerd om de onderneming middelen te geven zich te verweren. Een intern onderzoek kan disculperend werken, bijvoorbeeld omdat er geen bewijs voor onregelmatigheden wordt gevonden of omdat eruit blijkt dat er door de top van de onderneming juist beleid is gevoerd teneinde het geconstateerde gedrag tegen te gaan. Disculperende onderzoeksresultaten kunnen vervolgens worden gebruikt in onderhandelingen met autoriteiten om de te betalen boete omlaag te brengen of om civiele claims of handhavingsmaatregelen in rechte aan te vechten.

Er zijn nadelen aan het doen van een intern onderzoek. Allereerst brengt een intern onderzoek vrijwel zonder uitsluiting hoge kosten mee. Voorts leidt een onderzoek tot een overzichtelijke rangschikking, analyse en kwalificatie van het feitencomplex (feitenfixatie), hetgeen het voor derde partijen eenvoudiger maakt om de onderneming aansprakelijk te stellen. Dit nadeel komt in het bijzonder naar voren indien de betrouwbaarheid van het onderzoek en de rapportage onvoldoende is gewaarborgd (zie ook de dilemma's hierna).

4. Methode van onderzoek

4.1 Omvang, sturing en uitvoering van het onderzoek

Wanneer een onderneming besluit om een intern onderzoek uit te voeren, dient zij allereerst de omvang van het onderzoek te bepalen, ook wel *scoping* genoemd. Hierbij is van bijzonder belang met welk doel het onderzoek wordt uitgevoerd. Een onderzoek dat wordt uitgevoerd om autoriteiten te informeren dient bijvoorbeeld goed te worden begrensd, om te voorkomen dat het onderzoek zich nodeloos uitbreidt. Maar ook overigens verdient zorgvuldige *scoping* aanbeveling. Onnodig uitdijende onderzoeken zijn geen zeldzaamheid.

Een ander punt van aandacht is de vraag welk orgaan binnen de onderneming het onderzoek aanstuurt en daarvoor verantwoordelijkheid draagt: de Raad van Bestuur (RvB) of de (doorgaans aanwezige) Raad van Commissarissen (RvC). In een anti-corruptieonderzoek zal de RvB het onderzoek meestal initiëren en aansturen. Een voorwaarde hiervoor is dat de onafhankelijkheid van het onderzoek gewaarborgd blijft en geen schijn van belangenverstrengeling ontstaat. Die schijn

kan bijvoorbeeld ontstaan, indien er bij de vermeende omkoping betrokkenheid lijkt te zijn van (groeps)management. In een dergelijk geval, waarin (ook) een of meer leden van de RvB – al was het maar vanwege functionele verantwoordelijkheid – de schijn van belang kan aankleven, ligt het voor de hand het onderzoek (mede) door de RvC te laten aansturen. Overigens is het ook in gevallen dat de RvB het onderzoek zelfstandig aanstuurt, gebruikelijk dat de RvC zich periodiek laat informeren en zich zo nodig kritisch opstelt. Hierbij kan de RvC zich desgewenst laten bijstaan door een eigen adviseur, die de procesvoering bewaakt en de RvC bijpraat over de tussentijdse bevindingen. Daarnaast spelen interne functies als Legal, Compliance en Audit meestal een belangrijke (en in praktische zin vaak belangrijkste) rol.

Er dient voorts te worden bepaald wie het onderzoek gaat uitvoeren: de onderneming zelf, een advocatenkantoor of een externe accountant. Amerikaanse autoriteiten vereisen vaak dat er een ter zake deskundig advocatenkantoor wordt ingeschakeld en in dat geval heeft men geen keuze. In andere gevallen hangt de vraag of er externe assistentie nodig is vaak af van de vereiste expertise en de resources die de onderneming zelf heeft.

Daarnaast speelt bij deze keuze het zogenaamde *legal privilege*, het verschoningsrecht van een advocaat. Dit verschoningsrecht geeft de advocaat en zijn cliënt in de meeste landen het recht om juridisch advies, correspondentie en documentatie die is opgesteld ter voorbereiding op juridische procedures, geheim te houden.¹⁸ Een en ander brengt mee dat dergelijke documenten niet aan autoriteiten hoeven te worden getoond. Bovendien mag de onderneming deze documenten ook uitsluiten van productie in civiele rechtszaken. Dit is in het bijzonder relevant in landen die een *discovery*-stelsel kennen, waar alle voor de zaak relevante stukken in de procedure moeten worden gebracht. Tot slot speelt bij deze keuze nog of het onderzoek intern wel met voldoende onafhankelijkheid kan worden uitgevoerd (zie ook de dilemma's hierna).

4.2 Documentonderzoek

In vrijwel ieder onderzoek is het in eerste instantie nodig om documentonderzoek te doen. Een algemeen geaccepteerde standaard voor het uitvoeren van documentonderzoek is het *Electronic Discovery Reference Model (EDRM)*.¹⁹ Het onderzoeksproces vangt aan met het identificeren van de relevante e-mails en documenten van personen die (mogelijkerwijs) betrokkenheid hebben bij de omkoping. Ook de boekhouding kan in dit kader een bron van informatie zijn. Vervolgens stelt men deze informatie veilig door een kopie te maken van alle huidige gegevens en door alle *backuptapes* voor nader onderzoek op te slaan.

Amerikaanse autoriteiten en Amerikaanse rechters in civiele zaken nemen het een onderneming kwalijk als in dit stadium documenten verloren gaan. Zij eisen dat er een zogenaamde *document retention notice* wordt gestuurd aan alle personen die onderwerp zijn van onderzoek of anderszins over relevante informatie kunnen beschikken, alsmede het IT-personeel. In deze brief krijgen de betrokkenen instructie om documenten die betrekking hebben op het onderwerp van onderzoek te bewaren. Daarin kan waar opportuun ook informatie worden opgenomen die vereist is om te voldoen aan de informatieplicht van art. 33 en 34 Wbp (Wet bescherming persoonsgegevens).²⁰ De Wbp schrijft namelijk voor dat betrokkenen moeten worden geïnformeerd over een verwerking van hun persoonsgegevens, zoals hun naam of e-mailadres, tenzij dit informeren een onevenredige inspanning zou vergen.

Nadat de documenten zijn veiliggesteld, dienen deze op een efficiënte manier te worden beoordeeld. Er zijn tegenwoordig geavanceerde zoekomgevingen²¹ beschikbaar om documenten met grote teams op zoekwoorden te doorzoeken. Indien een autoriteit betrokken is bij het onderzoek, zal deze vaak verlangen dat de zoekwoorden met haar worden afgestemd. In de meer omvangrijke onderzoeken is de omvang van te onderzoeken documenten vaak zodanig dat er veel aandacht dient te worden besteed aan de projectorganisatie. Zo kan het voor de hand liggen om tijdelijk contractjuristen in te huren die tijdens een zogenaamde *first level review* een eerste beoordeling maken van de documentatie. Het onderzoeksteam bekijkt tijdens de *second level review* vervolgens uitsluitend stukken die een zekere relevantie (lijken te) hebben.

4.3 Interviews

Een ander vast element in een intern onderzoek zijn interviews. Interviews zijn allereerst nuttig om informatie te vergaren over de persoon, zijn carrière en zijn positie in de onderneming. Daarnaast bieden interviews gelegenheid om de resultaten van het documentonderzoek aan de betrokkenen voor te leggen. Ook bestaat er tijdens een interview een kans dat de geïnterviewde informatie naar voren brengt die niet met documentonderzoek kan worden achterhaald, bijvoorbeeld ter zake van beweegredenen of disculpatie.

Interviews beginnen doorgaans met een aantal inleidende opmerkingen. Zo wordt uitgelegd waar het onderzoek zich op richt, hoe er wordt genotuleerd en of de betrokkene gelegenheid krijgt om de notulen in te zien. Ook verdient het aanbeveling te benadrukken dat de advocaten die het interview uitvoeren, werken voor de onderneming en dat het verschoningsrecht op de notulen uitsluitend de onderneming beschermt en ook door de onderneming (in samenspraak met de advocaat) kan worden prijsgegeven. In dit kader is overigens van belang dat in de Verenigde Staten wel wordt aangenomen dat het verschoningsrecht op de notulen komt te vervallen, indien de notulen aan de geïnterviewde worden getoond of ter hand worden gesteld. Dit geldt ook indien de notulen slechts ter acceptatie en ondertekening worden aangeboden. Tot slot wordt doorgaans het vertrouwelijk karakter van het interview benadrukt.

De inhoud van het interview is in de praktijk afhankelijk van degene die het interview afneemt en de gedragingen die onderwerp zijn van gesprek. Een veel gebruikte methode is om eerst de positie van de geïnterviewde te bespreken, vervolgens te inventariseren op welke wijze hij in het kader van zijn functie is geïnstrueerd en wat het gehanteerde normenkader is, om daarna de bevindingen uit het documentonderzoek en de interviews met andere personen aan hem voor te leggen. Het interview wordt in de regel afgesloten met de open vraag of er nog relevante onderwerpen zijn die onbesproken zijn gebleven.

In beginsel is een werknemer op basis van de instructiebevoegdheid van de werkgever en goed werknemerschap verplicht om medewerking te verlenen aan een interview. Leugens tijdens een interview kunnen een dringende reden opleveren

voor ontslag op staande voet.²² Wel moeten de belangen van de werknemer en zijn rechtspositie nadrukkelijk worden meegewogen. Indien er voorafgaand aan het interview een voornemen is om disciplinaire maatregelen te treffen, getuigt het van goed werkgeverschap om hem aan te raden een eigen advocaat mee te nemen. Als de werknemer op eigen initiatief een eigen advocaat neemt, dient deze tot het interview te worden toegelaten.

4.4 Rapportage

Nadat het onderzoek is afgerond dienen de resultaten te worden gerapporteerd. In veel onderzoeken bestaat een neiging om een uitvoerig schriftelijk rapport te laten opstellen. Een dergelijk rapport lijkt een waardevol middel om over vervolgstappen zoals disciplinaire maatregelen te besluiten. Het kan aan derde partijen (zoals autoriteiten of het publiek) ter beschikking worden gesteld, zodat deze zien dat het onderzoek met zorg is uitgevoerd. Ook vormt een rapportage tastbaar bewijs van het werk dat is uitgevoerd, waardoor het eenvoudiger is om de kosten en inspanningen van het onderzoek binnen de organisatie te rechtvaardigen.

In de praktijk kleven er echter de nodige risico's aan het opstellen van een dergelijk document. Een rapport omvat in de regel een overzichtelijke rangschikking van feiten en vaak een kwalificatie van die feitelijke bevindingen. Iemand die kennisneemt van het rapport krijgt hierdoor alle feiten en implicaties op een presenteerblaadje, zonder eigen onderzoek te hoeven doen. Eisers in een civiele rechtszaak trachten daarom doorgaans het rapport te bemachtigen, teneinde het voor een ander doel te gebruiken dan waarvoor het is geschreven. Om deze reden besluiten ondernemingen soms te volstaan met een presentatie of een mondelinge rapportage. Indien onverhoopt toch nodig blijkt een uitvoerig rapport op te stellen, is het raadzaam om het onder verschoningsrecht tot stand te brengen (zie ook hiervoor en hierna). Het rapport hoeft dan in beginsel niet op vordering ter beschikking te worden gesteld in civiele rechtszaken.

4.5 Variabele componenten

Documentonderzoek, interviews en rapportage komen in vrijwel elk onderzoek voor. Afhankelijk van de aard van het onderzoek kan er ook nog aanvullend onderzoek met behulp van specifieke expertise worden gedaan. Zo kan in een omkopingsonderzoek een forensisch accountant worden ingeschakeld, die in de administratie gaat vaststellen hoe de omkopingsbetalingen zijn vormgegeven, wie die betalingen heeft gedragen en hoe zij zijn geadministreerd. Ook kan bijvoorbeeld worden vastgesteld of aan de zijde waar de omkopingsgelden zijn ontvangen, een onzakelijke prijs werd betaald voor de onderliggende transactie. Het kan daarnaast voorkomen dat er forensisch IT-onderzoek dient te worden uitgevoerd, bijvoorbeeld als er een vermoeden bestaat dat er in strijd met een *document preservation notice* bestanden zijn gewist. Als er een advocaat betrokken is bij het onderzoek, is aan te raden om dit soort externe experts als hulppersonen van de advocaat te contracteren en deze door de advocaat te laten instrueren. Dit bevordert dat rapportage van deze hulppersonen eveneens onderwerp van verschoningsrecht is.

5. Dilemma's

Zoals blijkt uit het voorgaande verloopt een intern onderzoek in de regel volgens een vast stramien. Er doen zich echter tijdens een intern onderzoek geregeld dilemma's voor, waarover beslissingen moeten worden genomen. Wij schetsen hieronder een aantal veelvoorkomende dilemma's.

5.1 Openheid van zaken vs. bescherming juridische positie

Amerikaanse autoriteiten bevorderen dat een onderneming die een omkopingsaffaire ontdekt, deze onverwijld meldt bij de autoriteiten. De FCPA omvat geen plicht tot een dergelijke *self-reporting*, maar zoals hiervoor aangegeven levert het zelf melden mogelijk wel *coulance* bij de autoriteit (men noemt dit *regulatory credit*) en daarmee een potentieel lagere sanctie op. Het melden van een omkopingsaffaire zet echter tegelijk ook een onomkeerbaar proces in werking. De autoriteiten zullen verlangen dat er uitvoerig onderzoek wordt gedaan en zullen vervolgens vrijwel zeker een sanctie opleggen.

Een eerste vraag bij het besluit om wel of niet te melden is of de zaak al in de publiciteit is. Is dit het geval, dan zullen de autoriteiten hoe dan ook wel kennis van de zaak nemen en verdient het reeds om die reden aanbeveling om openheid van zaken te geven en volledige medewerking toe te zeggen. Als de zaak nog geen media-aandacht heeft, is het de vraag of er anderszins een aanleiding is om naar buiten te moeten treden. Koersgevoeligheid kan hiervoor een reden zijn, maar bijvoorbeeld ook de beursregels, sectorcodes of lokaal recht. Bij het uitvoeren van onderzoeken in sommige jurisdicties, waaronder Nederland, dienen de verwerkingen van persoonsgegevens die in het kader van het onderzoek plaatsvinden voorts te worden gemeld bij de lokale privacyautoriteit, die deze publiciteit maakt op haar website. Ook interne redenen, zoals *business principles* of de kans dat de zaak (al dan niet via een klokkenluider) zal worden gelekt kunnen worden meegenomen in de afweging. Als de conclusie is dat de onderneming naar buiten dient te treden, dan geldt wederom dat de autoriteiten hoe dan ook kennis van de zaak zullen nemen en dat het beter is om hen op eigen initiatief te benaderen dan hun bericht af te wachten.

Het is anders indien de zaak nog niet in de publiciteit is en er ook anderszins (nog) geen aanleiding is om naar buiten te treden. In dat geval moeten de voordelen van een *self-disclosure* zelfstandig worden afgewogen tegen de nadelen. Die voordelen hangen af van diverse factoren, zoals de ernst van de overtreding, de mogelijkheden om een goede verdediging te voeren en de mogelijkheden om de zaak vertrouwelijk te houden en intern af te doen. De nadelen zullen sterk afhangen van de potentie voor boetes en de slagingskans van civiele claims. Het verdient opmerking dat Amerikaanse advocatenkantoren zeer verschillend adviseren over *self-reporting*. Sommige raden het in alle gevallen aan, terwijl andere erop zullen wijzen dat er slechts weinig publieke informatie beschikbaar is over de reductie van sancties die bij *self-reporting* wordt toegepast. Het is ook wat ons betreft goed mogelijk dat er bij de bepaling van een sanctie andere factoren van groter belang zijn. Men kan hierbij denken aan factoren als een coöperatieve opstelling, effectieve compliance-programma's, de aard van de overtreding en de betrokkenheid van management. In de gevallen dat de DOJ en SEC in het geheel afzien van een sanctie, lijkt overigens wel steeds sprake te zijn van *self-reporting*.²³ Niettemin wordt ook bij *self-reporting* in toenemende mate gestraft.

5.2 Onafhankelijkheid van onderzoek vs. beheersing van de uitkomst

Een intern onderzoek dient in beginsel zo te worden opgezet, dat degenen die belang hebben bij de uitkomst van het onderzoek er geen invloed op kunnen uitoefenen. Anders bestaat het risico dat de uitvoering en uitkomst van het onderzoek wordt 'gestuurd' door de wensen van deze personen. Autoriteiten zijn vaak kritisch op de onafhankelijkheid waarmee het onderzoek is uitgevoerd. Een schijn van partijdigheid kan ertoe leiden dat de onderzoeksresultaten niet worden geaccepteerd en dat aanvullend onderzoek wordt gelast.

In paragraaf 4 gingen wij reeds in op de aansturing van het onderzoek vanuit de RvB en de belangenverstremming die in dat kader kan optreden. Ook in de operationele uitvoering van het onderzoek kan zich echter belangenverstremming voordoen. Een intern onderzoek wordt vrijwel altijd uitgevoerd door personen (bijv. interne of externe juristen, accountants) die de belangen van de onderneming zo goed mogelijk pogen te behartigen. Bovendien kan het onderzoek vaak niet worden uitgevoerd zonder hulp van personen uit het bedrijfsonderdeel dat onderwerp van onderzoek is. Inherent hieraan is dat deze personen de schade van de omkopingsaffaire voor de onderneming zullen trachten te beperken en dat dit belang ook doorwerkt in hun aanpak van het onderzoek. Er is in die zin sprake van een dubbele standaard met betrekking tot onafhankelijkheid.

Om de onafhankelijkheid van het onderzoek zo goed mogelijk te waarborgen, is het gebruikelijk om binnen de onderneming een *Steering Committee* op te zetten die de operationele kant van het onderzoek overziet. Deze *Steering Committee* rapporteert rechtstreeks aan de RvB of RvC en vormt daarmee de schakel tussen de bestuurslaag en de operationele uitvoering. De *Steering Committee* bestaat vaak uit (senior) vertegenwoordigers van Legal, Compliance en Audit en daarnaast uit (interne of externe) personen met een bijzondere expertise.

5.3 Noodzaak tot vertrouwelijkheid vs. noodzaak tot Informeren belanghebbenden

Een omkopingszaak brengt juridische en reputationele risico's mee. Informatie die tijdens het onderzoek uitlekt kan door derden worden gebruikt om de onderneming civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Ook kan de pers schade toebrengen aan de juridische positie en de reputatie van de onderneming door (voortijdig) over de omkopingszaak te berichten. Er zijn daarom diverse redenen om het onderzoek en de (tussentijdse) uitkomsten vertrouwelijk te behandelen. Het beste middel voor vertrouwelijkheid is de groep die inhoudelijke kennis heeft van het onderzoek zo veel mogelijk te beperken.

In de praktijk staat er echter juist veel druk op het onderzoeksteam om informatie over het onderzoek prijs te geven. Het gaat hierbij om partijen die met (enig) recht aanspraak kunnen maken op die informatie: denk hierbij aan voorlichters, die dagelijks de pers op afstand moeten houden, of auditors, die kritisch moeten toezien of de interne procedures naar aanleiding van de omkopingszaak zijn verbeterd. Als de onderneming verzekerd is dient er, teneinde aanspraak te maken op schadevergoeding, doorgaans ook een melding te worden gedaan bij de verzekeraar, die vervolgens eveneens informatie over het onderzoek zal willen ontvangen. Ook willen autoriteiten meestal periodiek over de stand van het onderzoek op de hoogte worden gesteld.

Men ontkomt er vaak niet aan deze groepen in beperkte mate te informeren. Een gebruikelijke wijze om dit te doen is door middel van een presentatie die specifiek is toegesneden op het gezelschap. Indien een dergelijke presentatie door de externe advocaat wordt opgesteld en uitsluitend aan interne medewerkers wordt getoond, blijft het verschoningsrecht hierop in de meeste jurisdicties van toepassing. Dit is in de Verenigde Staten niet het geval indien de presentatie aan externe partijen zoals toezichhouders of verzekeraars wordt getoond. In andere landen, zoals het Verenigd Koninkrijk en Nederland, behoort het verschoningsrecht na een dergelijke *selective disclosure* wel stand te houden.

5.4 Twee kanten van het verschoningsrecht

Hiervoor hebben wij reeds uiteengezet, dat men het interne onderzoek onder het bereik van het (afgeleid) verschoningsrecht kan brengen door dit door advocaten uit te laten voeren. Het verschoningsrecht heeft het voordeel dat het de onderneming in staat stelt haar externe adviseurs gedurende het onderzoekstraject juridisch advies en correspondentie te laten voorbereiden, zonder dat deze in handen komt van autoriteiten of eisers in civiele rechtszaken.

In de praktijk ontstaat echter vaak grote druk om dit verschoningsrecht op te geven. Met name autoriteiten in het Verenigd Koninkrijk en Nederland plegen het verschoningsrecht in twijfel te trekken en sancties in het vooruitzicht te stellen als de onderneming de betreffende documenten niet verstrekt. In de Verenigde Staten was deze praktijk voorheen ook gebruikelijk, maar daaraan is inmiddels grotendeels een einde gemaakt.²⁴

Indien een onderneming na druk om het verschoningsrecht op te geven door de knieën gaat ontstaat er dubbele schade: enerzijds heeft het verschoningsrecht bij de totstandkoming van documenten een vals gevoel van veiligheid gecreëerd, waardoor er meer aan papier is toevertrouwd dan wellicht wenselijk was. Anderzijds is door de (verloren) discussie met autoriteiten ergernis veroorzaakt, die zich mogelijk vertaalt in een hogere sanctie. Men kan deze dubbele schade voorkomen door vanaf het begin van het onderzoekstraject een strakke lijn met betrekking tot verschoningsrecht te voeren en het desnoods op een rechterlijke toets te laten aankomen (die bij juiste structureren van het (afgeleid) verschoningsrecht wordt doorstaan).

Een onderneming die ervoor kiest om van het verschoningsrecht gebruik te maken, dient zich te realiseren dat de uitoefening van dit recht een behoorlijke krachtsinspanning kan vergen. De onderneming dient hier tegen opgewassen te zijn. Als de verwachting is dat de onderneming uiteindelijk door de knieën zou kunnen gaan, dan is het beter om niet (of uitsluitend voor wat betreft juridisch advies) op het verschoningsrecht te vertrouwen en bij het opstellen van (overige) stukken ervan uit te gaan dat deze ooit op straat kunnen komen te liggen.

5.5 Wel of niet onderhandelen met Amerikaanse toezichthouders?

Amerikaanse toezichthouders zullen in de regel streven naar een zo breed mogelijk onderzoek. Informatieverzoeken zijn evenzeer breed ingestoken. Vanuit de onderneming bestaat vaak een zekere vrees om hierover met de autoriteiten in discussie te gaan. Veel Amerikaanse en ook Engelse advocaten bevorderen die meegaande houding. Dit vindt vaak zijn oorsprong in het feit dat de advocaten een goede verstandhouding hebben met de autoriteiten (ze hebben er geregeld ook zelf gewerkt) en deze niet voor een specifieke zaak op het spel willen zetten. Een te meegaande houding van de onderneming zorgt echter vaak voor onnodige blootstelling aan risico.

Het verdient daarom aanbeveling om de advocaten aan te moedigen om de verzoeken van de autoriteiten kritisch te beoordelen. Er kunnen vaak argumenten worden bedacht waarom het onderzoek niet of slechts met beperkte scope hoeft te worden uitgevoerd. Zo kunnen felten verjaard zijn, kan er geringe connectie met de Verenigde Staten bestaan, kan de overtreding niet strafbaar zijn in het land waar zij is gepleegd of kan er lokaal al vervolging zijn ingesteld. Indien de toezichthouder vasthoudt aan de breedte van het verzoek, is het een optie om aan te bieden om steekproefsgewijs onderzoek te doen – ook wel *sampling* geheten – en het daar, bij uitblijven van resultaat, bij te laten. Er is een goede kans dat men in dit soort gevallen met de autoriteiten na discussie tot een vergelijk komt.

5.6 Vrijwillige verstrekking vs. uitlokking bevel of subpoena

Hiervoor is besproken dat Amerikaanse toezichthouders hechten aan vrijwillige medewerking en deze zeggen te belonen met strafvermindering. In sommige situaties levert het vrijwillig meewerken met een verzoek van een Amerikaanse toezichthouder echter een schending van het recht van een ander land op. Een voorbeeld is dat autoriteiten doorgaans verwachten dat de resultaten van het documentonderzoek (dus de relevante e-mails en andere documenten) gedurende het onderzoek periodiek worden geproduceerd. Persoonsgegevens mogen echter op grond van de Wbp en privacywetgeving van andere Europese landen niet zomaar aan Amerikaanse autoriteiten worden verstrekt.²⁵ Hetzelfde geldt voor gegevens over cliënten van een financiële instelling die worden beheerd door het bankgeheim. In dit soort gevallen is het volkomen legitiem om de Amerikaanse autoriteiten mede te delen dat eerst een passende oplossing dient te worden gevonden, voordat deze gegevens kunnen worden verstrekt.²⁶

Amerikaanse autoriteiten zijn in de laatste jaren meer bedreven geraakt in het navigeren van restricties onder privacywetgeving. Vaak is een oplossing dat de Amerikaanse autoriteiten aan hun Nederlandse evenknie een rechtshulpverzoek doen. Dit kan op basis van dat rechtshulpverzoek de informatie vervolgens vorderen of in beslag nemen. De informatie kan daarna op grond van verdrag of overeenkomst²⁷ met de Amerikaanse autoriteiten worden gedeeld. De verstrekking van informatie langs deze route heeft als aanvullend voordeel dat de productie niet vrijwillig geschiedt en dit in de Verenigde Staten en ook elders het argument oplevert dat het verschoningsrecht niet is prijsgegeven.

6. Trends en ontwikkelingen

Tot slot gaan wij in op een aantal ontwikkelingen. Ten eerste staat persoonlijke aansprakelijkheid onder de FCPA op dit moment in de belangstelling. In december 2011 werden verschillende bestuurders en leidinggevenden van Siemens persoonlijk door de DOJ en SEC gedagvaard,²⁸ drie jaar nadat Siemens voor een bedrag van \$ 1,6 miljard met de DOJ en SEC had geschikt. Het feit dat alle gedagvaarde personen niet de Amerikaanse nationaliteit hadden en de omkoping zelf in Argentinië had plaatsgevonden, weerhield de autoriteiten niet. Deze zaak illustreert de (gestelde) reikwijdte van de FCPA en de risico's die een omkopingszaak ook voor bestuurders kan opleveren.

Daarnaast leeft de laatste jaren de verwachting dat de hiervoor besproken *facilitation payments* binnenkort ook onder de reikwijdte van omkopingswetgeving zullen worden gebracht. De OESO heeft in 2009 opgeroepen om ook tegen dit soort betalingen op te treden.²⁹ In de *U.K. Bribery Act* wordt als gezegd reeds geen onderscheid meer gemaakt tussen omkoping en *facilitation payments*. Het is waarschijnlijk een kwestie van tijd voordat ook in de Verenigde Staten stemmen zullen opgaan om *facilitation payments* te verbieden.

Voorts is er een trend richting hardere clementieprogramma's en bescherming en beloning van klokkenluiders. Een tekenend voorbeeld hiervan is de *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* van 21 juli 2010.³⁰ Deze wet kent een financiële beloning toe aan klokkenluiders. Een klokkenluider die informatie verstrekt die leidt tot een succesvolle handhaving door de SEC heeft recht op 10-30% van de betaalde sanctie. Indien dit programma tractie krijgt, kan het ultiem leiden tot een sterke toename van het aantal klokkenluiders en FCPA handhavingzaken. Tot op heden heeft de SEC in omkopingszaken nog geen beloningen aan klokkenluiders betaald. Dit lijkt echter een kwestie van tijd: op 5 september 2012 keerde de SEC onder de voornoemde wet in een fraudezaak voor het eerst een bedrag van \$ 50.000 aan een klokkenluider uit.³¹

Voetnoten

- 1 Mamix Somsen en Richard van Staden ten Brink zijn advocaten te Amsterdam en gespecialiseerd in strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving.
- 2 Sonke Iwersen, 'Der Kampf gegen Schmiergeld ist reine Heuchelei', *Handelsblatt* 10 augustus 2010, www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/eginhard-vietz-der-kampf-gegen-schmiergeld-ist-reine-heuchelei/3512132.html.
- 3 '50.000 Euro Strafe Für Mittelständler Vietz', *Handelsblatt* 28 september 2011, www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/korruptionsaffaere-50-000-euro-strafe-fuer-mittelstaendler-vietz/4870464.html.
- 4 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 25, www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 5 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.

- 6 In de Verenigde Staten aangeduid als *civil action*.
- 7 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 25, www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 8 FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 54 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf.
- 9 Zie DOJ, *Filip memorandum*, www.justice.gov/opa/documents/corp-charging-guidelines.pdf, en voorts SEC, *Seaboard Report*, www.sec.gov/litigation/investigation.
- 10 In FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 74 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf, wordt een uitgebreide uiteenzetting gegeven van alle mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening.
- 11 Sinds 2001 via uitbreiding van jurisdictie op basis van *part 12 Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*; sinds 1 juli 2011 op basis van de *U.K. Bribery Act 2010*.
- 12 Sinds 1999: *Gesetz über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im Internationalen Geschäftsverkehr – IntBestG – Federal Law Gazette (Bundesgesetzblatt) Part II*, p. 2327, Annex 1.
- 13 Sinds 2001: art. 178a Sr.
- 14 Deze richtlijn moest op grond van de wet verplicht worden gepubliceerd. Zie *Ministry of Justice, The Bribery Act 2010 – Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing*, § href="http://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf".
- 15 OM, *Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland*, wetten.overheid.nl/BWBR0030303/geldigheidsdatum_03-01-2012.
- 16 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.
- 17 TRACE, *Global Enforcement Report 2011*, www.traceinternational.org/data/public/documents/Global_Enforcement_Report_2011-67720-1.pdf.
- 18 In de V.S. komt ook aan de bedrijfsjurist een verschoningsrecht toe. Zie Brian, McNeil e.a., *Internal Corporate Investigations*, American Bar Association 2003, p. 27 en de daar onder voetnoot 36 genoemde rechtspraak. In Nederland bestaat een dergelijk verschoningsrecht voor bedrijfsjuristen niet, terwijl aan het verschoningsrecht van advocaten in dienstbetrekking (Cohen-advocaten) sinds HvJ EG 3 juli 1991, nr. C-550 07 P (*Akzo/Commission*) ook buiten mededingingsrechtelijke context wordt getwijfeld.
- 19 EDRM, *EDRM Stages*, www.edrm.net/resources/edrm-stages-explained.
- 20 Deze informatieplicht komt voort uit art. 10 en 11 Gegevensbeschermingsrichtlijn (95/46/EC) en vindt dus ook in andere Europese landen toepassing.
- 21 Bijv. van firma's als *Epiq, Clearwell* en *Kroll*.
- 22 Ktr. Breda 26 juli 2008, *RAR 2008/138*.
- 23 Vgl. FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, p. 78 e.v., www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/guide.pdf, de aangehaalde voorbeelden.
- 24 *United States House of Representatives, Senator Specter's Attorney-Client Privilege Protection Act*, 13 november 2007, H13563, § href="http://federalevidence.com/pdf/2008/02-Feb/ConRech13562-64.pdf" http://federalevidence.com/pdf/2008/02-Feb/ConRech13562-64.pdf, naar aanleiding waarvan de DOJ het McNulty memorandum heeft aangepast.
- 25 *United States House of Representatives, Senator Specter's Attorney-Client Privilege Protection Act*
- 26 In dit kader kan worden verwezen naar Ministerie van Financiën, *Verslag onderzoek gegevensverstrekking door banken aan Amerikaans autoriteiten*, 27 juni 2007, www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/08/04/verslag-onderzoek-gegevensverstrekking-door-banken-aan-amerikaanse-autoriteiten.html, waarin expliciet wordt benadrukt dat financiële instellingen moeten streven naar uitwisseling via de Nederlandse autoriteiten.
- 27 Een zogenaamd *Multi-Lateral Assistance Treaty (MLAT)* of, bij bestuursrechtelijke autoriteiten, *Memorandum of Understanding (MoU)*.
- 28 DOJ, *Eight Former Senior Executives and Agents of Siemens Charged in Alleged \$100 Million Foreign Bribe Scheme*, 13 december 2011, www.justice.gov/opa/pr/2011/December/11-crm-1626.html en voorts SEC, *SEC Charges Seven Former Siemens Executives with Bribing Leaders in Argentina*, 13 december 2011, www.sec.gov/news/press/2011/2011-263.htm.
- 29 OECD, *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 26 november 2009, www.oecd.org/dataoecd/11/11/44176910.pdf.
- 30 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, 21 juli 2010, www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-111hr4173enr/pdf/BILLS-111hr4173enr.pdf.
- 31 SEC, *SEC Issues First Whistleblower Program Award*, 21 augustus 2012, sec.gov/news/press/2012/2012-162.htm.

1950

1950

NJ 1986, 814

Geen verschoningsrecht voor de belastingadviseur.

Hoge Raad (Strafkamer), 6 mei 1986, nr. 1530, LJN: AB9405
(Moons, Van Der Ven, Bronkhorst, De Groot, Haak, Rummelink)

Wetgeving: Sv art. 218

Uitspraak**Partijen****Aquo**

Beschikking in raadkamer op het beroep in cassatie tegen de beschikking van de Rb. te Breda van 29 mei 1984 (NJ 1984, 664; Red.) op een beklag als bedoeld in art. 552a Sv, ingediend door:

1

De maatschap De Boer en Van Keulen Belastingadviseurs, mede kantoorhoudende te Tilburg,

2

Mr. Johannes Arnoldus P., geboren te Utrecht op 2 okt. 1949, te Geldermalsen.

1

De bestreden beschikking

De Rb. heeft ongegrond verklaard het door klagers ingediende beklag strekkende tot teruggave aan hen van de in de beschikking vermelde adviesdossiers en afgewezen het subs. gedane verzoek om te bepalen dat deze dossiers verzegeld blijven totdat onherroepelijk over het beklag is beslist. Een fotocopie van de bestreden beschikking is aan de onderhavige beschikking gehecht (zie NJ 1984, 664; Red.).

2

Het cassatieberoep

Het beroep is ingesteld door de maatschap De Boer en Van Keulen en Mr. J.A. P. Namens hen heeft Mr. P. Mout, adv. te 's-Gravenhage, het volgende middel van cassatie voorgesteld:

Verzuim van vormen waarvan de naleving op straffe van nietigheid is voorgeschreven, doordien de Rb. op de gronden als onder 5 in de bestreden beschikking is weergegeven — welke gronden als hier ingelast en herhaald beschouwd mogen worden — het beroep van rekwiranten op het recht zich jegens de strafrechter te verschonen van het afleggen van getuigenis en de uit dit recht voortvloeiende beperkingen met betrekking tot inbeslagneming van bescheiden, heeft verworpen, welk oordeel in zijn algemeenheid in strijd is met het recht, althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed is, zulks op grond van het navolgende:

Rekwiranten zijn een maatschap van belastingadviseurs onderscheidenlijk een belastingadviseur. Rekwiranten zijn aangesloten bij de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs. Zij hebben uitlevering geweigerd van alle in hun bezit zijnde bescheiden betrekking hebbende op Q.M. van Bijsterveldt onderscheidenlijk Kampeerartikelenindustrie Bijsterveldt BV. Inbeslagneming en beklag daartegen volgden. Dit beklag werd afgewezen.

In cassatie kan er van worden uitgegaan dat Van Bijsterveldt c.s. cliënten zijn van rekwiranten.

Blijkens het klaagschrift zijn de inbeslaggenomen dossiers onderverdeeld in 'aangiftdossiers' en 'adviesdossiers'.

Aangenomen mag worden dat de 'aangiftdossiers' de gegevens behelzen om tot een juiste aangifte te komen en dat zich in de 'adviesdossiers' kopieën bevinden van door de belastingadviseurs gegeven schriftelijke adviezen alsmede van de cliënt afkomstige bescheiden welke grondslag vormen van deze adviezen.

De Rb. heeft geen onderscheid gemaakt tussen deze twee soorten dossiers. De derde en vierde alinea onder nr. 5 van de bestreden beschikking hebben kennelijk uitsluitend betrekking op aangiftdossiers en kunnen mitsdien niet concludent zijn voor adviesdossiers.

De Rb. had zich behoren af te vragen of de belastingadviseur behoort tot de personen tot wier taak het behoort aan anderen hulp te verlenen doch die deze taak slechts dan naar behoren kunnen vervullen indien zij zich ook tegenover de strafrechter kunnen verschonen ten aanzien van geheimen welke hun zijn toevertrouwd door hulpzoekenden die — in strijd met het algemeen belang — hem geen hulp zouden vragen, indien niet de zekerheid zou bestaan dat evenbedoelde geheimen ook tegenover de strafrechter worden bewaard (r.o. 5.5 van HR 25 okt. 1983, NJ 1984, 132).

Voorts had de Rb. zich dienen af te vragen of het antwoord op de vorengemuleerde vraag verschillend luidt naar gelang de belastingadviseur hulp verleent bij het doen van belastingaangiften en daarbij 'aangiftdossiers' formeert, dan wel buiten de aangiftepraktijk adviezen van fiscaalrechtelijke aard verstrekt.

In stede van zijn oordeel omtrent het verschoningsrecht te vormen aan de hand van de in vorenvermelde vraagstelling vervatte criteria heeft de Rb. in de eerste alinea onder 5 omtrent de vraag of aan de belastingadviseur een verschoningsrecht toekomt overwogen:

'Uit de enkele omstandigheid dat de belastingadviseur, o.m. krachtens beroepsregelen, verplicht is tot geheimhouding van datgene wat hem in de uitoefening van zijn beroep vertrouwelijk is meegegeeld door diegenen die zijn hulp hebben ingeroepen, volgt niet dat hem ook een verschoningsrecht in de zin van art. 218 Sv zou toekomen. Dit laatste hangt immers samen met de vraag of de belangen van zijn cliënten niet naar behoren zouden kunnen worden gediend indien de belastingadviseur tegenover de strafrechter bedoeld recht niet zou kunnen gelden, en bovendien wel de met die belangen samenhangende geheimhoudingsplicht zwaarder zou moeten wegen dan het aanzienlijk belang van een goede strafrechtspleging in gevallen waarin de daarvoor noodzakelijke waarheidsvinding mede afhankelijk is van de getuigenis van belastingadviseurs of van het onderzoeken van stukken die hun in de uitoefening van hun beroep door hun cliënten zijn toevertrouwd.'

Vgl. deze overweging met r.o. 5.7 van HR 25 okt. 1983, NJ 1984, 132: de Rb. beantwoordt de vraag naar het verschoningsrecht van de belastingadviseur aan de hand van het criterium dat de HR in voornoemd arrest onder 5.7 heeft geformuleerd voor personen die niet vallen onder de groep professionele hulpverleners bedoeld onder 5.5 van dit arrest. Dit is onjuist. De Rb. had eerst dienen na te gaan of de belastingadviseur behoort tot de onder 5.5 van genoemd arrest bedoelde personen. Dienaangaande schrijft D. Hazewinkel-Suringa in 'De doolhof van het beroepsgeheim', na geconstateerd te hebben dat belastingconsulenten en bedrijfseconomen vermoedelijk kans hebben op erkenning als verschoningsgerechtigden, het navolgende (p. 47):

'De uitgebreidheid en ingewikkeldheid der fiscale wetgeving en de groeiende behoefte aan efficiënte bedrijfsvoering maken voor velen, particulieren en ondernemingen, hun raadpleging noodzakelijk. Zal de voor het gezondhouden der zaken onmisbare hulp deskundig worden gegeven dan zal inzage in aangelegenheden die anders voor outsiders streng verborgen worden gehouden, niet achterwege kunnen blijven. Kunnen echter deze cliënten die zozeer hulp en advies behoeven er niet op rekenen, dat te anderzijde hun gegevens veilig zijn, dan zullen zij zich tot hen niet durven wenden, althans hen niet openhartig durven raadplegen. Daardoor zou wel eens een aanzienlijk sociaal belang schade kunnen lijden.'

J.J.I. Verburg, prf. p. 253/257 is met een beroep op het door Hazewinkel-Suringa betoogde en de beschikking van de Rb. te Amsterdam van 26 jan. 1972, NJ 1972, 222 van oordeel dat de belastingadviseur het verschoningsrecht als getuige in strafzaken toekomt. Terecht betoogt Verburg (p. 255) in overeenstemming met genoemde beschikking dat de belastingconsulent op zijn terrein evenzeer als raadsman van de client is te beschouwen als de advocaat.

De functie van de belastingadviseur verschilt in wezen niet van die van de advocaat, te weten raadsman, hulpverlener en als zodanig vertrouwensman van de 'leek', die in juridische verwickelingen is gekomen maar de weg in het labyrint van wetbepalingen niet kan vinden, laat staan deze bepalingen kan hanteren. De belastingadviseur is echter op een ander juridisch terrein werkzaam dan de doorsnee-advocaat. Het is slechts op historische gronden te verklaren dat het belastingrecht niet (meer) behoort tot het terrein van de balie. In het buitenland is dat in mindere mate het geval. De tax-lawyer en de Steuer-Anwalt zijn geen zeldzaamheden. In Nederland neemt trouwens het aantal advocaten die tevens belastingadviseur zijn toe. Verscheidene advocaten-maatschappen hebben een of meer maten die naast advocaat tevens belastingadviseur zijn en omgekeerd hebben verscheidene maatschappen van belastingadviseurs een of meer compagnons die tevens advocaat zijn. Daar komt nog bij dat vele advocaten, in het bijzonder diegenen die zich bewegen op het terrein van het vennootschapsrecht en die mitsdien aan bedrijven adviseren, hetzelfde werk verrichten als de gekwalificeerde belastingadviseur zonder dat zij belastingadviseur zijn. Doch niet alleen in het vennootschapsrecht is deze osmose — sterker nog; deze samenvloeiing van beide beroepen zichtbaar. Ook op terreinen die bij uitstek behoren tot de advocatuur als het strafrecht en het familierecht komt het veelvuldig voor dat de belastingadviseur te hulp wordt geroepen.

Men denke bijv. aan de vraag naar de fiscale consequenties van de afkoop van alimentatie door middel van overdracht door de man aan zijn gescheiden vrouw van een lijfrentepolis gebonden aan het leven van de vrouw; of de redactie van een scheidingsconvenant krachtens welk de gescheiden vrouw met de kinderen blijft wonen in een huis dat eigendom is van de man; deze redactie heeft voor beide pp. grote fiscale consequenties; de literatuur over 'echtscheiding en fiscus' neemt dan ook toe (vgl. 'Echtscheiding en fiscus' van Keyser en Aerts, Kluwer 1980).

De functies van belastingadviseur en advocaat vloeien op talrijke gebieden des rechts ineen en waar zij gescheiden blijven, vertonen zij veel overeenkomst met elkaar.

De belastingadviseur die — door de client zelf of door diens advocaat — geraadpleegd wordt in een echtscheidingszaak verneemt stellig allerlei bijzonderheden over het huwelijk van zijn client, ook bijzonderheden die voor het verstrekken van het van hem gevraagde advies in het geheel niet nodig zijn. Het spreekt wel haast vanzelf dat hij over deze bijzonderheden heeft te zwijgen, ook tegenover de strafrechter.

Een belastingadviseur verschilt in zijn functie van adviseur en procesgemachtigde niet of nauwelijks van een advocaat: Hij is raadsman, hulpverlener en vertrouwensman. Nu in het algemeen de advocaat als verschoningsgerechtigde erkend wordt, kan de erkenning van de belastingadviseur als zodanig niet uitblijven.

Het is in het algemeen belang dat wegens de ingewikkeldheid van het fiscale recht de belastingadviseur behoorlijk kan blijven functioneren. Het publiek zal zich echter alleen tot hem wenden voor advies en bijstand als het weet dat het aan de

belastingadviseur toevertrouwde en de door deze verstrekte adviezen niet zal worden prijsgegeven, noch aan de fiscus, noch aan de strafrechter. Als voorbeeld stelle men zich de navolgende, in de praktijk herhaaldelijk voorkomende situatie voor:

Iemand wendt zich tot een belastingadviseur met de vraag of een bepaalde feitelijke situatie waarin de vraagsteller verkeert een strafbaar feit oplevert of aanleiding kan geven tot een strafvervolging en zo ja, welke de legale mogelijkheden zijn deze strafwaardige situatie te wijzigen in die voege dat strafvervolging achterwege zal blijven dan wel de gevolgen van strafvervolging verzacht zullen worden. De door de belastingadviseur te geven adviezen van deze strekking zijn mede in het belang van de fiscus en dienen daardoor het algemeen belang. Wanneer echter de belastingadviseur gedwongen zou kunnen worden het hem toevertrouwde als getuige in een strafzaak prijs te geven, zal het publiek zich mede tot schade van de fiscus niet meer tot hem wenden. Wordt het verschoningsrecht van de belastingadviseur thans (in beginsel) niet erkend, dan zal hij over enige tijd als getuige niets meer kunnen vertellen omdat het 'publiek' zijn geheimen niet meer aan hem toevertrouwt, terwijl 'het publiek' tot schade van de fiscus geen pogingen meer zal ondernemen met hulp van een belastingadviseur een einde te maken aan een toestand die in strijd is met fiscaalrechtelijke of strafrechtelijke normen.

Principiele weigering de belastingadviseur het verschoningsrecht toe te kennen zou betekenen dat een zuiver casuïstisch 'good result efficacy' gesteld boven de toepassing en handhaving van een 'due process' model waarin de strijd zich afspeelt tussen gelijkwaardige pp., althans waarin de verdachte belastingplichtige zich van deskundige hulp kan voorzien zonder vrees dat de hulpverlener tegen hem zal getuigen in de strafzaak. Het laten prevaleren van deze 'good result efficacy' kan in een rechtsstaat — anders dan in een totalitaire Staat — niet in het algemeen belang zijn. Afgezet tegen het algemene perspectief van een behoorlijke strafrechtsbedeling en een behoorlijk functioneren van het fiscale recht behoort deze 'good result efficacy' dan ook geen voorrang te genieten. (Verwezen wordt naar hoofdstuk I van een essay van Robert S. Summers, gepubliceerd in 'Cornell Law Review' van november 1974 en getiteld: Evaluating and improving legal processes — a plea for 'Process Values', welk hoofdstuk in kopie bij deze schriftuur wordt gevoegd en daarvan deel uitmaakt.)

Toegeven aan de druk die thans van de publieke opinie lijkt uit te gaan tot bestrijding 'met alle middelen' van fiscale fraude leidt tot ongewenste erosie van 'Process Values' waarop de legitimitieit van het verschoningsrecht berust. Tegen de eventuele nadelen die kunnen bestaan of ontstaan door principiële toekenning van een verschoningsrecht waakt het tuchtrecht waaraan verschoningsgerechtigden zijn onderworpen (daarover later meer).

De fiscale overheid erkent dit — voor zover het de fiscus betreft — trouwens ook: Art. 53 Algemene wet inzake rijksbelastingen dat voor de 'klassieke' geheimhouders een uitzondering maakt op de plicht de fiscus inlichtingen te verschaffen, noemt de belastingadviseur (en de registeraccountant) niet. De zgn. Leidraad bij dit artikel (par. 32, alinea 2) geeft echter de belastingadviseur (en de registeraccountant) een beperkt recht zich te verschonen van de plicht de fiscus desgevraagd inlichtingen te verschaffen: de belastingdienst kan van door hen in de uitoefening van hun beroep aan cliënten verstrekte adviezen en met cliënten gevoerde correspondentie geen inzage verlangen. Het algemeen belang dat de fiscus heeft bij kennis van alle voor de juiste belastingheffing relevante feiten dient volgens de administratie zelf te wijken voor het belang dat de belastingadviseur moet kunnen blijven functioneren, hetgeen niet het geval zal zijn als aan de cliënten niet gewaarborgd kan worden dat hetgeen zij hun belastingadviseur mededelen in het kader van een verzoek om advies, niet doorgegeven zal worden aan de fiscale autoriteiten. Nu het belang bij juiste belastingheffing achtergesteld wordt bij het belang van geheimhouding, kan bezwaarlijk aangenomen worden dat de afweging van het geheimhoudingsbelang tegen het belang dat — vermoedelijk veelal met de juiste belastingheffing samenhangende — strafbare feiten aan het licht komen en berecht worden, anders zou uitvallen.

De Leidraad functioneert in de relatie tussen belastingplichtige en belastingadministratie als een samenstel van rechtsregels waar men zich aan houdt. Onaanvaardbaar zou zijn dat de fiscus via het 'strafrechtelijk' apparaat toch de beschikking zou kunnen krijgen over adviezen waarvan de overheid zelf hem, blijkens het gestelde in de Leidraad, de kennisneming onthoudt.

Het bovengestelde leidt tot de conclusie dat aan de belastingadviseur in beginsel een verschoningsrecht toekomt indien aan de andere voorwaarden van art. 218 Sv (of art. 1946 tweede lid sub 3 BW voor het civiele recht) is voldaan. De belastingadviseur mag zich niet altijd verschonen. Maar dat mogen de klassieke geheimhouders (geestelijke, arts, notaris en advocaat) ook niet: Een advocaat die door zijn client aangezocht wordt hem bij te staan bij het voeren van onderhandelingen welke ten doel hebben een overeenkomst tot stand te brengen, kan zich indien het contract inderdaad tot stand komt ten aanzien van die onderhandelingen jegens de burgerlijke rechter niet verschonen van het afleggen van getuigenis (HR 15 dec. 1958, NJ 1961, 270). Hij mag het wel bij mislukken van de onderhandelingen (HR RvdW 126).

Zo zal de belastingadviseur die zijn client heeft bijgestaan bij het invullen van zijn belastingbiljet in het algemeen geen verschoningsrecht hebben ten aanzien van de gegevens en justificatoire bescheiden welke aan deze invulling ten grondslag liggen. Die gegevens zijn hem in het algemeen niet toevertrouwd in de zin van art. 218 Sv, al is het denkbaar dat hij door die gegevens kennis krijgt van feiten waarover hij wel moet zwijgen, ook jegens de strafrechter. Zou — bijv. — de belastingconsulent die bij de gegevens die hij nodig heeft voor de aangifte IB artsen- en apothekersrekeningen aantreft waardoor hij te weten komt aan welke ziekte zijn client lijdt, dit feit mogen openbaren aan de strafrechter? Dit lijkt weinig aannemelijk. De client moet er ook op kunnen vertrouwen dat hij zijn papieren aan de belastingconsulent kan afstaan zonder bevreesd te zijn dat deze feiten, die met de juiste invulling van het belastingbiljet niets te maken hebben, aan derden, waaronder de rechter, bekend zal maken.

Uit het bovenstaande volgt dat, al worden beoefenaren van een bepaald beroep in beginsel erkend als verschoningsgerechtigden, er nochtans een aantal situaties blijft bestaan waarin de 'in-beginsel-verschoningsgerechtigde' toch moet spreken. De moeilijkheid is nu dat de beslissing of de 'in-beginsel-verschoningsgerechtigde' mag en zal spreken door hem zelf genomen moet worden. De rechter kan deze beslissing niet nemen omdat hij dat veelal eerst kan doen nadat de verschoningsgerechtigde hem zoveel gegevens verschaft heeft dat in feite het geheim geopenbaard is en de beslissing omtrent het recht zich te verschonen daardoor geen zin meer heeft.

Vgl. 'Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van de accountant- belastingconsulent' van H.J.H. Cloudt, Weekblad voor fiscaal recht, 1958, p. 430-434:

'Er bestaat voor een ieder, aan wie vertrouwelijke zaken bekend zijn geworden, een morele verplichting de kennis van deze zaken niet aan derden door te geven (...). Is deze verplichting zeer sterk, dan wordt zij tot een rechtsplicht, hetgeen tot gevolg heeft dat een inbreuk op deze plicht tegenover de toevertrouwer een onrechtmatige daad c.q. contractbreuk kan opleveren (...). De verplichting van de accountant- belastingconsulent om geheim te houden wat hem bij de uitoefening van zijn beroep blijkt, is zonder twijfel zo sterk, dat ze een rechtsplicht is. Het beroep van accountant- belastingconsulent behoort daarom tot de vertrouwensberoepen. (...). Evenals dat van arts en advocaat kan het beroep van accountant- belastingconsulent immers ook slechts dan behoorlijk worden uitgeoefend, indien het publiek aan degenen, die dit beroep uitoefenen, zijn zaken kan toevertrouwen zonder te hoeven vrezen, dat deze aan derden zullen worden medegedeeld. De rechtsplicht tot geheimhouding van de accountant- belastingconsulent wordt ook in de rechtspraak aangehouden (...). Het algemeen belang eist dat alle personen, die bekwaam zijn om te getuigen, in rechte getuigenis afleggen. Hiertegenover staat het belang van de toevertrouwer bij geheimhouding van het toevertrouwde. Deze belangen moeten tegen elkaar worden afgewogen. (...) Bij deze belangenafweging heeft de rechter maar een zeer beperkte rol. Hij kan wel beslissen of op degene, die een bepaald ambt of beroep uitoefent, een rechtsplicht tot geheimhouding rust, maar of een zaak op zichzelf of in verband met de omstandigheden een geheim karakter draagt kan hij niet beoordelen, aangezien hij van deze zaken juist geen kennis mag krijgen. De beoordeling of een zaak een geheim karakter heeft is de taak van de accountant- belastingconsulent zelf. Dit geheime karakter kan steeds worden aangenomen, indien het gaat om gegevens die op enigerlei wijze betrekking hebben op of verband houden met de financiële omstandigheden van de client.'

Vgl. ook het slot van de annotatie van D.J. Veegens onder HR 15 dec. 1958, NJ 1961, 270:

'In de praktijk behoudt de advocaat een discretionaire bevoegdheid, die hem veel speelruimte laat. Alleen hij kan de feitelijke toedracht met alle begeleidende omstandigheden in haar geheel overzien. Besluit hij van zijn verschoningsrecht gebruik te maken, dan zal hij zich desgevraagd moeten beperken tot een omschrijving van zijn motieven in algemene termen. Het geven van tekst en uitleg aan den rechter in het openbaar en in tegenwoordigheid van pp. en hun raadslieden zou onvermijdelijk neerkomen op het prijsgeven van het geheim zelf; zie conclusie A-G Hooykaas voor HR 29 nov. 1949, NJ 1950, 664 (m.nt. WP en DJV).'

Wenselijk ware wellicht dat de 'in-beginsel-gerechtigde' aan een 'neutrale instantie' de vraag zou kunnen voorleggen of hij al dan niet mag spreken en dat alle belanghebbenden en de rechter aan het oordeel van deze neutrale instantie 'gebonden zouden zijn'. Zolang deze 'neutrale instantie' niet bestaat kan echter de vraag of de 'in-beginsel-verschoningsgerechtigde' zich terecht op het verschoningsrecht beroept onderworpen worden aan het oordeel van de bevoegde tuchtrechter — bijv. bij artsen het Medisch Tuchtcollege, bij advocaten de RvT — jegens wie de verschoningsgerechtigde geen zwijgrecht heeft. Wel zou dan de verhouding tussen de tuchtrechter en de gewone rechter in die zin geregeld moeten worden dat de gewone rechter zich moet neerleggen bij het oordeel van de tuchtrechter. Anders gezegd:

Het strafrecht zal het normenstelsel van de groep (artsen, advocaten, belastingadviseurs) moeten erkennen. Hoe dit ook zij: Thans vormt het bestaan van een behoorlijk materieel en formeel tuchtrecht in een bepaalde groep beroepsbeoefenaren een adequate waarborg dat die beroepsbeoefenaren zich alleen dan op het verschoningsrecht beroepen wanneer zij ook werkelijk daartoe gerechtigd zijn.

Rekwiranten, althans de leden van de mede rekwirerende maatschap zijn leden van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs, welke organisatie, naar van algemene bekendheid is, een behoorlijk tuchtrecht kent (vgl. het in eerste aanleg overgelegde boekje van de NOB, dat ten onrechte door de griffier van de Rb. is geretourneerd aan de raadsman van rekwiranten en dat alsnog bij het origineel van deze schriftuur wordt gevoegd. Dit boekje bevat ook een Reglement Tuchtzaken alsmede een Reglement Beroepsuitoefening). De principiële erkenning van de belastingadviseur, die lid is van de NOB, als verschoningsgerechtigde kan mitsdien niet afstuiten op het ontbreken van een tuchtrecht.

Het bovengestelde leidt tot de slotsom dat belastingadviseurs die lid zijn van de NOB of een soortgelijke organisatie, evenals advocaten, in beginsel verschoningsgerechtigden zijn in de zin van art. 218 Sv en dat de Rb. ten onrechte het beklag heeft verworpen.

Ter nadere adstructie van het bovenstaande verwijzen rekwiranten nog naar het bovengenoemde boekje van de NOB, houdende 'Algemene Informatie, Statuten, Reglement Beroepsuitoefening en Reglement Tuchtzaken'. Uit de 'Algemene Informatie' wordt het navolgende geciteerd:

'De functie van de belastingadviseur omvat het verlenen van rechtshulp aan belastingplichtigen bij het nakomen van hun fiscale verplichtingen, ten einde te bereiken dat dezen niet meer belasting aan de overheid afdragen dan waartoe zij rechtens verplicht zijn. Als belangenbehartiger van zijn opdrachtgever functioneert de belastingadviseur als vertrouwensman. In het Reglement Beroepsuitoefening van de NOB is dan ook vastgelegd dat de belastingadviseur verplicht is tot geheimhouding van alles wat in de uitoefening van zijn beroep te zijner kennis komt. Het behoort tot de taak van de belastingadviseur de client te adviseren over alle mogelijkheden om binnen de bestaande rechtsregels diens belastingpositie te optimaliseren. Hiertoe behoort mede het informeren van de client over de technische en ethische aspecten.

Toelatingscriteria

In de toelating liggen de criteria verankerd, waardoor NOB-leden zich onderscheiden van beroepsbeoefenaren die hetzij bij een andere vereniging, hetzij in het geheel niet bij een beroepsorganisatie zijn aangesloten.

Het lidmaatschap staat open voor de belastingadviseur die het beroep zelfstandig en als hoofdberoep uitoefent en die hetzij:

- aan een Nederlandse instelling van hoger onderwijs met goed gevolg een van de navolgende examens heeft afgelegd:
het (post-)doctoraal examen in de rechtswetenschap (fiscaal-juridische studierichting);

het (post-)doctoraal examen in de economische wetenschappen (fiscaal-economische studierichting);

- met goed gevolg de studie aan de Rijksbelastingacademie heeft voltooid, dan wel een gelijksoortige en gelijkwaardige studie uit de periode voor of tijdens het bestaan van deze academie heeft beëindigd.

(In verband met de nieuwe universitaire opleidingen werd in 1965 de Rijksbelastingacademie opgeheven.)

Werkwijze

De belastingadviseur, lid van de NOB, is financieel vertrouwensman van de client. Daarmee is aangegeven dat hij zich als diens belangenbehartiger opstelt in zijn opdracht de client als belastingplichtige te helpen. Als zodanig is hij wat in het Angelsaksische woordgebruik een tax-lawyer (belastingadvocaat) wordt genoemd.

Met deze aanduiding wordt wel aangegeven dat de belastingadviseur een partijstandpunt inneemt. Een vergelijking met de rol van de advocaat is eerder op zijn plaats dan met die van de accountant.

Werkterrein

Het werkterrein van de belastingadviseur is de belastingheffing van de rijks- en lagere overheden zoals loon- en inkomstenbelasting, invoerrechten en accijnzen, verdragen ter voorkoming van dubbele belasting, internationaal belastingrecht, premieheffingen uit hoofde van sociale verzekeringen, milieuheffingen, gemeentelijke onroerend-goedbelastingen, etc.

De bemoeienissen van de belastingadviseur op dit werkterrein omvatten o.a.

- het behulpzaam zijn bij het doen van aangiften en afdrachten
- het optreden als vertegenwoordiger van de client bij overleg met de fiscus
- het optreden als vertegenwoordiger van de client bij fiscale processen
- het adviseren en begeleiden bij het vinden en realiseren van de optimale structuren, samenwerkingsvormen, financieringsvormen, overdrachten, etc. van ondernemingen
- het adviseren en begeleiden van particulieren bij de fiscale aspecten van hun vermogens- en familieaangelegenheden
- het behulpzaam zijn bij het aanvragen en verkrijgen van overheidssubsidies
- samenwerking en overleg met collega's en met personen uit andere disciplines (advocaten, notarissen, accountants, etc.) bij de bovengenoemde werkzaamheden.

Tuchtrechtspraak

De leden van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs zijn onderworpen aan een eigen tuchtrechtspraak die is vastgelegd in een Reglement Tuchtzaken. De tuchtspraak in eerste instantie wordt uitgeoefend door de Raad van Tucht, waarvan de voorzitter geen lid van de vereniging is.

De tuchtrechtspraak in tweede instantie wordt uitgeoefend door de RvB, welke op verzoek van het bestuur wordt samengesteld door de Pres. van de Rb. te Amsterdam uit drie personen, van wie een lid van de vereniging dient te zijn. De tuchtrechtspraak behelst procedures omtrent de toetsing van de regelen ter zake van de beroepsuitoefening. Klachten over leden kunnen zowel door individuele personen als door groepen worden ingediend en dienen gericht te worden aan de Raad van Tucht.'

Subs., nl. indien en voor zover het bovenaangevoerde niet in volle omvang aanvaard zou worden, voeren rekwranten het navolgende aan:

Boven is reeds betoogd dat in beginsel de belastingadviseur niet gerechtigd is de gegevens welke aan de invulling van het aangiftebiljet ten grondslag liggen geheim te houden jegens de fiscale administratie en de rechter. Hieruit volgt dat voor zover deze gegevens zijn vastgelegd in justificatoire bescheiden, in het algemeen de plicht bestaat inzage te geven van deze bescheiden dan wel deze desgevorderd uit te leveren. In hun klaagschrift hebben rekwranten onderscheid gemaakt tussen 'aangiftedossiers' en 'adviesdossiers'. In relatie tot de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht hebben deze soorten dossiers ieder een andere status. Dossiers welke uitsluitend justificatoire bescheiden bevatten waarop aangiften zijn gebaseerd zijn vatbaar voor uitlevering; voor adviesdossiers geldt echter onverkort het hierboven gestelde. De Rb. heeft ten onrechte het onderscheid geheel uit het oog verloren, zulks als gevolg van een in de beschikking onder 5, tweede alinea, gegeven functie-omschrijving van het beroep van belastingadviseur die aanzienlijk beperkter is — en mitsdien

onjuist — dan de functie-omschrijving voorkomende onder het hoofd 'Algemeen' in het meergenoemde boekje van de NOB. De opvatting van de Rb. dat de belastingadviseur nimmer een beroep op verschoningsrecht toekomt is mitsdien in zijn algemeenheid onjuist.

3

De conclusie van het OM (enz.; Red.)

4

Beoordeling van het middel

4.1

Het middel stelt de vraag aan de orde of de belastingadviseur uit hoofde van zijn beroep het recht toekomt zich ten overstaan van de rechter van het afleggen van getuigenis te verschonen.

4.2

Vooropgesteld moet worden dat het verschoningsrecht, als uitzondering op de regel dat een ieder verplicht is getuigenis in rechte af te leggen, slechts toekomt aan een beperkte groep van personen die uit hoofde van hun ambt of beroep verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd en wier maatschappelijke functie meebrengt dat te hunnen aanzien het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. Tot zodanige personen behoren de advocaat en de notaris wegens hun functie van rechtshulpverlener, die meebrengt dat een ieder zich vrijelijk tot hen moet kunnen wenden zonder vrees voor openbaarmaking van hetgeen wordt besproken en op schrift wordt gesteld.

4.3

De vraag rijst nu, of aan de belastingadviseur, die eveneens als rechtshulpverlener kan worden beschouwd, ook verschoningsrecht moet worden toegekend.

Voor de beantwoording van die vraag is van belang dat in Nederland rechtshulp in beginsel door een ieder kan worden verleend en dat deze in de praktijk beroepsmatig wordt verleend door allerlei personen, die zelfstandig of in dienst van een organisatie werkzaam zijn. Het aanmerken van al deze personen als verschoningsgerechtigden zou niet stroken met het vorenbedoelde uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht. In het algemeen — dus behoudens in een uitzonderingsgeval, zoals is aanvaard in HR 25 okt. 1985, NJ 1986, 176— moet dan ook aan andere rechtshulpverleners dan de advocaat en de notaris het verschoningsrecht worden ontzegd.

4.4

Er is geen reden eveneens een uitzondering te aanvaarden ten aanzien van de belastingadviseur. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat de groep van belastingadviseurs niet homogeen is en geen wetsbepaling uitsluit dat een ieder als belastingadviseur werkzaam kan zijn.

Van belang is ook dat aan de belastingadviseur niet in enig wettelijk systeem van rechtshulpverlening een taak is toebedeeld die meebrengt dat rechtzoekenden zich voor de behartiging van hun rechtsbelangen tot hem moeten wenden. Onder deze omstandigheden kan de belastingadviseur niet worden gerekend tot voormelde beperkte groep van vertrouwenspersonen aan wie een verschoningsrecht toekomt.

4.5

Hetgeen is vermeld in de Leidraad Algemene wet inzake rijksbelastingen doet aan het vorenstaande niet af.

4.6

Uit het vorenoverwogene volgt, dat het middel in zijn primaire en zijn subsidiaire klacht faalt.

5

Slotsom

Nu het middel niet tot cassatie kan leiden, terwijl de HR ook geen grond aanwezig oordeelt waarop de bestreden beschikking ambtshalve zou behoren te worden vernietigd, moet het beroep worden verworpen.

6

Beslissing

De HR verwerpt het beroep.

Conclusie A-G

Conclusie

A-G Mr. Remmelink

In deze zaak waarin de Rb. het klaagschrift van rekwiranten strekkende tot teruggave van inbeslaggenomen aangifte- en adviesdossiers enz., althans te bepalen dat deze dossiers verzegeld blijven totdat onherroepelijk over het klaagschrift is beslist ongegrond heeft verklaard resp. heeft afgewezen, tegen welke beschikking zij zich van beroep in cassatie hebben voorzien, is namens hen een middel van cassatie voorgesteld.

Aangevoerd wordt, dat de Rb. ten onrechte althans op onvoldoende gronden heeft verworpen het door of namens rekwiranten gedaan beroep op verschoningsrecht. Klagers waren van oordeel, dat aan de belastingadviseur die de plicht heeft geheim te houden hetgeen hem in zijn beroepsuitoefening door cliënten ter kennis is gebracht en derhalve als hun vertrouwensman optreedt, zo'n recht op de voet van art. 218 Sv toekomt. Art. 98 Sv houdt daarmee rekening.

Ik meen, dat het gelet op de jurisprudentie van Uw Raad, waarbij ik in het bijzonder denk aan HR 25 okt. 1983, NJ 1984, 132, m.nt. 't Hart vrijwel vaststaat, dat een dergelijk beroep, dat geheel in de financiële en zakelijke sfeer dient te worden gerubriceerd, niet voor een dergelijke uitzondering in aanmerking komt. Met de Rb. ben ik van mening, dat deze belangen niet opwegen tegen die van een behoorlijke uitoefening van de strafrechtspleging. Het lijkt bovendien niet erg aannemelijk, dat dit beroep niet zou kunnen worden uitgeoefend als een dergelijk recht niet erkend zou worden.

Daar komt bij, dat voor het beroep van belastingadviseur anders dan dat van advocaat of arts geen toelatingseis geldt (het is geen beschermd beroep), terwijl bij de aanvang van de beroepsuitoefening tegenover een overheidsfunctionaris evenmin een eed (inhoudende een geheimhoudingsclausule) wordt afgelegd. Ook is er geen publiekrechtelijke tuchtrechtspraak. Wel zijn er verenigingen op dit terrein — bij een ervan zijn verzoekers aangesloten — maar die omstandigheid kan hier moeilijk doorslaggevend zijn. Er zullen nl. ongetwijfeld ook wel verenigingen zijn van minder 'allooi' ('iedereen' kan zich als belastingadviseur uitgeven), en het lijkt mij niet mogelijk dat de rechter, laat staan de cassatierechter, in dit opzicht onderscheidingen gaat aanbrengen. Vgl. in dit verband ook beschouwingen van het OM voor HR 10 jan. 1984, nr. 76315, DD 84.227.

Mocht er zich voor iemand een situatie voordoen, waarin werkelijk existentiële problemen aan de orde komen — maar dat zie ik hier niet zo gauw — dan kan hij altijd nog de raad vragen van een advocaat, die zich wel op zijn beroepsgeheim zal kunnen beroepen. Ik geef toe, dat de mogelijkheid niet is uitgesloten, dat de advocaat op deze wijze gaat functioneren als vervangend geheimhouder voor de belastingadviseur, maar ik houd het ervoor, dat het zeer behoorlijke peil van onze balie een waarborg zal zijn, dat zich een dergelijke escalatie niet zal voordoen. Het is trouwens ook in haar eigen belang om hieraan niet mee te werken, omdat zij aldus in de hand zou werken de totstandkoming van een wettelijke of jurisprudentiële inperking van het haar toekomende in beginsel absolute verschoningsrecht.

Tenslotte is er dan nog de mogelijkheid, dat de belastingadviseur die in een precaire positie verkeert kan profiteren van de faciliteit van art. 288 Sv (vraag beletten door de Pres.).

Subs. wordt nog aangevoerd dat de Rb. heeft verzuimd onderscheid te maken tussen de aangifte- en de adviesdossiers. Het komt mij voor, dat de Rb. dit terecht niet heeft gemaakt, omdat zij nu eenmaal aan dit beroep geen enkel geheimhoudingsrecht met betrekking tot de strafrechtspleging heeft toegekend. Het lijkt mij trouwens duidelijk, dat men hier moeilijk kan gaan onderscheiden.

Het middel niet aannemelijk achtend concludeer ik tot verwerping van het beroep.

Noot

Zie noot

WLH onder NJ 1986, 815