



Advies 473

Huiszoeking / beslag - beroepsgeheim - elektronisch verkeer

De briefwisseling tussen de advocaat en de cliënt - die beschermd is door het beroepsgeheim van de advocaat - strekt zich uit tot iedere vorm van communicatie, waaronder elektronische briefwisseling.

De fiscus is zelf gehouden om mogelijks vertrouwelijke stukken in een verzegelde envelop te steken en in afwachting van het verdere onderzoek aan de stafhouder te overhandigen, veeleer dan aan de cliënt of de advocaat.

De fiscus dient de afgeprinte vertrouwelijk e-mails tevens in een verzegelde envelop te steken en over te maken aan de stafhouder en/of de stafhouder of zijn vertegenwoordiger dient de stukken/brieven te onderzoeken. Elke brief (tevens de aangehechte stukken) van een advocaat aan de cliënt en vice versa moet uit het administratief dossier worden gehaald. Ook de elektronische bestanden moeten worden gezuiverd (eventueel stukken onleesbaar maken). De mogelijks vertrouwelijke bestanden moeten wel onherroepelijk verwijderd worden uit de elektronische drager die in het bezit blijft van de administratie.

Het is niet noodzakelijk dat de administratie attesteert dat alle briefwisseling tussen advocaten en cliënten uit het gewone en elektronische dossier werd verwijderd en niet aangewend zal worden in enige procedure. De administratie kan alleszins geen beslissing / sanctie nemen gegrond op de mogelijks vertrouwelijke stukken, omdat zij er geen kennis van mag hebben. Indien zij er toch gebruik van zou maken, zal dit mogelijk wel blijken.

Het is aangewezen dat de advocaat de betrokken confraters informeert dat hun vertrouwelijke briefwisseling in beslag werd genomen door de BBI in het kader van een fiscaal onderzoek lastens hun cliënt.

Vraag:

1. Strekt de vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt zich eveneens uit tot op iedere vorm van communicatie, inclusief elektronische briefwisseling en kan deze briefwisseling dus niet worden meegenomen door de (fiscale) administratie?
2. Is de (fiscale) administratie - wanneer zij toch vertrouwelijke briefwisseling zou meenemen tijdens een fiscale visitatie / huiszoeking - verplicht om:

- a. zelf onmiddellijk alle vertrouwelijke briefwisseling in een verzegelde omslag te plaatsen en terug aan de cliënt of zijn raadsman te bezorgen?;
- b. alle vertrouwelijke e-mails onherroepelijk te verwijderen uit het gewone en elektronische administratief dossier?;
- c. te attesteren dat alle briefwisseling tussen advocaten en cliënten uit het gewone en elektronische dossier werd verwijderd en niet aangewend zal worden in enige procedure?

3. Moet de advocaat de betrokken confraters informeren dat hun vertrouwelijke briefwisseling in beslag werd genomen door de BBI in het kader van een fiscaal onderzoek lastens hun cliënt?

Advies:

Voorafgaande feiten:

Tijdens een fiscale “huiszoeking” op 19 april 2012 bij een cliënt van mr. X, nam de BBI documenten in beslag, waaronder vertrouwelijk briefwisseling tussen advocaten en cliënten. De BBI nam tevens kopie van de harde schijven, inclusief alle e-mailbestanden.

Op 15 april 2013 nam mr. Y (kantoorgenoot van mr. X), in aanwezigheid van twee inspecteurs, inzage in de diverse dossiers van de cliënt. Hierbij bleek dat vertrouwelijke briefwisseling tussen advocaten en cliënten in beslag werd genomen tijdens de fiscale huiszoeking op 19 april 2012. Deze vertrouwelijk briefwisseling kaderde onder andere in een huurgeschil en zou geen enkele fiscale relevantie hebben. Mr. Y wees de aanwezige inspecteurs mondeling op de strafrechtelijk gewaarborgde vertrouwelijkheid van briefwisseling tussen advocaten en cliënten.

Tijdens de inzage stelde mr. Y tevens vast dat de Administratie reeds vertrouwelijke e-mails tussen advocaten en cliënten, die op 19 april 2012 elektronisch waren gekopieerd, had uitgeprint en aan het administratief dossier van de cliënt had toegevoegd.

Volgens cliënten werd de elektronische communicatie met onder andere tien advocaten meegenomen.

Op 18 april 2013 stuurde mr. X een gemotiveerde brief naar de Gewestelijk Directeur van de BBI met het verzoek om alle vertrouwelijke briefwisseling en e-mails uit het dossier te verwijderen en aan cliënte onder verzegelde omslag terug te bezorgen (zoals gebruikelijk in strafzaken).

Hierop werd mr. X door de BBI uitgenodigd voor een gesprek op 28 mei 2013 in aanwezigheid van enkele inspecteurs, waaronder de twee die aanwezig waren tijdens de inzage in de dossiers door mr. Y. De BBI deelde mee dat het mr. X vrij stond om het administratief dossier (enkele kasten vol) te doorzoeken naar briefwisseling van advocaten, maar dat zij niet zelf zouden overgaan tot zuivering.

Volgens de BBI zou de elektronische briefwisseling (e-mails) tussen advocaten en cliënten niet onder het strafrechtelijk gewaarborgd beroepsgeheim vallen en dat deze e-mails dus niet teruggegeven, noch verwijderd zouden worden, aangezien het volgens hen slechts om een elektronische kopie zou gaan van deze vertrouwelijke briefwisseling.



Verder meent de BBI dat het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling vervalft van zodra deze per e-mail wordt verzonden. Volgens de BBI zou het aldus de fout van de advocaat zijn dat de vertrouwelijkheid werd opgeheven.

Mr. X is het niet eens met de zienswijze van de BBI en zond op 30 mei 2013 een aangetekend schrijven aan de Gewestelijk Directeur van de BBI.

In de eerste plaats stelt mr. X in zijn brief van 30 mei 2013 dat het strafrechtelijk gewaarborgd beroepsgeheim van de advocaat en de confidentialiteit van de briefwisseling bestaat ter bescherming van de rechten van de cliënt. Om die reden kan vertrouwelijke briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt noch door het parket, noch door enige Administratie worden aangewend. Tevens is de inbeslagname van vertrouwelijke briefwisseling door het parket of enige Administratie *in se* uitgesloten, tenzij in het kader van een onderzoek naar een beroepsmisdrijf van de advocaat zelf.

Wanneer het parket of een Administratie bij toeval toch zou beschikken over vertrouwelijke briefwisseling, is het de taak van het parket of de Administratie om deze briefwisseling zelf onmiddellijk uit het dossier te verwijderen en deze in een verzegelde omslag te plaatsen en deze terug te bezorgen aan de cliënt of zijn raadsman.

Tijdens het onderhoud op 28 mei 2013 liet de Administratie verstaan dat zij bij de uitoefening van haar taken enkel onderworpen is aan de voorschriften van het WIB of WBTW. Mr. X geeft toe dat artikel 319 WIB geen regels bevat over de wijze waarop een schending van het beroepsgeheim van de advocaat moet verholpen worden. Dit neemt echter niet weg dat artikel 458 Sw. (en bij uitbreiding het hele Strafwetboek) geldt ten aanzien van iedere rechtsonderhorige, inclusief de Belgische Staat, de FOD Financiën en zijn ambtenaren. De verboden opgenomen in het Strafwetboek gelden ongeacht fiscale of andere wetten.

Verder stelt mr. X in zijn brief d.d. 30 mei 2013 dat het net zoals in een strafrechtelijke procedure, aan de Administratie zelf is om onmiddellijk na de inbeslagname van de documenten, alle vertrouwelijke briefwisseling van advocaten uit het administratief dossier te halen, deze in een verzegelde omslag op te bergen en aan de rechtsonderhorige terug te bezorgen. Het is immers de Administratie die eerst de documenten in schending van artikel 458 Sw. heeft meegenomen, zodat zij zelf haar fout moet herstellen. Het is volgens mr. X geenszins de taak van de advocaat om de tekortkomingen / overtredingen van de Administratie te verhelpen.

Tot slot weerlegt mr. X in zijn brief van 30 mei 2013 de stelling van de Administratie dat artikel 458 Sw. en de daaruit volgende vertrouwelijkheid van briefwisseling niet zou gelden met betrekking tot e-mails. Mr. X stelt dat de vertrouwelijkheid de algemene regel is, waarbij geen onderscheid wordt gemaakt naar de vorm (e-mail, fax, telefonisch, mondeling of enige andere wijze of drager), noch naar de inhoud. Het gaat dus om elke informatie-uitwisseling tussen de advocaat en cliënt. Mr. X verwijst naar het Grondwettelijk Hof dat heeft bevestigd en beklemtoond dat een volwaardig beroepsgeheim fundamenteel is voor de rechten van verdediging, zodat de bescherming van het beroepsgeheim op de meest ruime wijze moet geïnterpreteerd worden (Grondwettelijk Hof 23 januari 2008, nr. 10/2008). Er bestaat geen twijfel over dat elektronische communicatie tussen een advocaat en een cliënt eveneens gedekt is door het beroepsgeheim.



Volgens mr. X is het nemen van een elektronische kopie van e-mailbestanden door de Administratie eveneens onderworpen aan artikel 458 Sw., net zoals dit geldt voor het kopiëren van papieren briefwisseling. Op geen enkele wijze mag briefwisseling tussen een advocaat aan zijn cliënt, op welke wijze dan ook gevoerd, door de Administratie worden meegenomen of gekopieerd.

Mr. X besluit zijn brief met volgende vragen:

1. alle vertrouwelijke briefwisseling onmiddellijk in een verzegelde omslag te plaatsen en aan cliënten of hemzelf terug te bezorgen;
2. alle vertrouwelijke e-mails onherroepelijk te verwijderen uit het gewone en elektronische administratief dossier;
3. te attesteren dat alle briefwisseling tussen advocaten en cliënten uit het gewone en elektronische administratief dossier verwijderd werd en niet aangewend zal worden in enige procedure.

Bij brief d.d. 10 juni 2013 informeert mr. X stafhouder Z en stelt hij enkele vragen (zie de vragen bovenaan dit advies).

Op 11 juni 2013 antwoordt de BBI aan mr. X vooreerst dat geen enkel van de door mr. X bekritiseerde stukken aan de basis ligt van enige fiscale rectificatie. Ten tweede zou volgens de BBI mr. X tijdens het onderhoud bevestigd hebben dat wat betreft het kopiëren van digitale data, in principe de geëigende regels zijn nageleefd. Wat ten derde de (elektronische) briefwisseling tussen advocaten en cliënten betreft, stelt de BBI dat deze (elektronische) briefwisseling is aangetroffen bij de cliënt van de advocaat in het kader van een fiscaal onderzoek en aldus niet het strafrechtelijk gewaarborgd beroepsgeheim in het gedrang kan brengen.

Verder betwist de Administratie dat enig stuk, papier of digitaal, in beslag is genomen. In toepassing van artikel 61, § 2 WBTW heeft de Administratie bepaalde afgesloten boeken en stukken tegen afgifte van een ontvangstbewijs (tijdelijk) meegenomen in het kader van een onderzoek. Digitale gegevens zijn elektronisch overgeschreven op gegevensdragers van de Administratie en zijn dus niet bij de belastingplichtige weggenomen, hetgeen volgens de BBI een belangrijke waarborg vormt voor zijn rechten van verdediging. Hij weet perfect over welke data de Administratie beschikt voor het onderzoek en hij kan steeds terugvallen op de originele data.

De Administratie betwist echter niet dat zij alle wetten dient na te leven en niet alleen de fiscale. Dat neemt niet weg dat de ambtenaren in de eerste plaats zich beroepen op de fiscale wet. Artikel 319 WIB bevat geen regels betreffende de specifieke bescherming van het beroepsgeheim in hoofde van de advocaat tijdens een onderzoek in de beroepslokalen van een belastingplichtige. Volgens de BBI is artikel 458 Sw. hier niet van toepassing omdat de cliënten van mr. X niet tot de bedoelde geheimhouders behoren. Dat verhindert niet dat de administratie met de nodige omzichtigheid heeft gehandeld om de rechten van de belastingplichtigen te waarborgen. Bovendien zijn de ambtenaren gebonden door een strikt beroepsgeheim en kunnen zij hun onderzoeksbevoegdheden slechts aanwenden in het kader van hun opdracht, in volle transparantie. In dat verband wijst de BBI erop dat al meermaals inzage in het dossier werd verleend en mr. X een volledige kopie van de digitale data werd bezorgd.



De BBI besluit in haar brief van 11 juni 2013 dat zij mr. X en zijn cliënten de nodige waarborgen van zekerheid en transparantie verleent. De Administratie kan geen gevolg geven aan de verzoeken van mr. X.

Bij brief d.d. 14 juni 2013 weerlegt mr. X de beweringen van de BBI en herhaalt hij zijn verzoeken zoals geformuleerd in zijn brief van 30 mei 2013.

Tevens bij brief van 14 juni 2013 stelt mr. X bovenstaande vragen aan stafhouder Z.

Advies

1.

1.1.

Vooreerst wens ik op te merken dat de briefwisseling tussen een advocaat en een cliënt beschermd wordt door het beroepsgeheim van de advocaat. Het reglement van de Nationale Orde van Advocaten betreffende de overlegging van briefwisseling tussen advocaten, geldt niet voor de correspondentie tussen een advocaat en zijn cliënt. De vertrouwelijkheid van briefwisseling zoals bedoeld in het reglement van de Nationale Orde daarentegen, geldt in de relatie tussen confraters die niet optreden in een hoedanigheid van gerechtelijk mandataris.

Algemeen wordt aangenomen dat het beroepsgeheim van de advocaat noodzakelijk is voor de rechten van verdediging van de cliënt. Deze laatste moet er immers op kunnen vertrouwen dat de geheimen die hij meedeelt aan zijn raadsman niet geopenbaard worden.

Het beroepsgeheim van de advocaat strekt zich onder meer uit tot de briefwisseling van de cliënt aan de advocaat, van de advocaat aan de cliënt of van de advocaat aan zijn confrater of aan zijn correspondent en dit ter verdediging van zijn cliënt in zoverre deze briefwisseling de vertrouwelijke mededelingen en de geheimen van zijn cliënt bevat. (K.I. Brussel 25 juni 2001, *JT* 2001, 735.)

In casu rijst de vraag of het begrip 'briefwisseling' in de strikte, enge betekenis van het woord dient opgevat te worden, dan wel of het tevens elektronische briefwisseling omvat.

Mijns inziens is er geen enkele reden om elektronische briefwisseling uit te sluiten van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat. Het beroepsgeheim omvat immers alle geheimen die de advocaat verneemt van zijn cliënt of die hij vaststelt in uitvoering van zijn opdracht. De wijze waarop (mondeling, per brief, per e-mail,...) hij kennis krijgt van deze vertrouwelijke informatie is van geen belang. D. VAN GERVEN bevestigt dit en stelt dat het beroepsgeheim geldt voor alle briefwisseling tussen cliënt en zijn raadsman, met inbegrip van de communicatie via het internet (D. VAN GERVEN, "Het beroepsgeheim van de advocaat", *TPR* 2013, 1453).

Verder wil ik u er nog op wijzen dat artikel 8 EVRM de 'correspondence' beschermt. De Belgische tekst vertaalt dit begrip door 'briefwisseling', hoewel 'communicatie' beter zou zijn. Uit de Europese rechtspraak blijkt immers dat alle vormen van communicatie onder de noemer 'correspondentie'



vallen (VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *Handboek EVRM, deel 2 artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 769; ERGEC, R. en SCHAUSS, A., "Examen de jurisprudence (1990 à 1994)", *R.C.J.B.* 1995, 401, nr. 138.). De term 'briefwisseling' moet aldus in de meest ruime betekenis worden bekeken, zodat moeilijk kan ontkend worden dat dit tevens de elektronische briefwisseling omvat.

Het EHRM te Straatsburg heeft geoordeeld dat de bescherming van artikel 8 EVRM niet enkel betrekking heeft op strikt private correspondentie, maar ook in een aantal gevallen op professionele correspondentie, bijvoorbeeld van advocaten (FREYNE, T., "De bewaking van privécommunicatie en -telecommunicatie in strafonderzoeken: een stand van zaken", *T. Strafr.* 2008, 167; EHRM 16 december 1992, *Niemietz v. Duitsland*, www.echr.coe.int/echr/, §32 met verwijzing naar de arresten *Schönenberger en Durmaz v. Zwitserland* van 10 juni 1988.).

Volgens het EHRM moet met betrekking tot de briefwisseling tussen de advocaat en de cliënt steeds aangenomen worden dat het om kwesties van vertrouwelijke en private aard gaat, die dan ook een in principe een geprivilegieerd statuut moeten krijgen (VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y., *o.c.* 775; EHRM 25 maart 1992, *Thomas Campbell v. United Kingdom*, *Publ. Hof*, Serie A, Vol. 233, § 48.).

Ik besluit dan ook dat het eerste deel van de eerste vraag van mr. X kan bevestigd worden. De briefwisseling tussen de advocaat en de cliënt - die beschermd is door het beroepsgeheim van de advocaat - strekt zich uit tot iedere vorm van communicatie, waaronder elektronische briefwisseling.

1.2.

Het tweede deel van de eerste vraag van mr. X betreft de problematiek van het 'beslag' (het meenemen van de briefwisseling door de fiscus).

De BBI beweert dat de (elektronische) briefwisseling werd aangetroffen bij de cliënt van mr. X zodat het beroepsgeheim van de advocaat niet in het gedrang komt. Dit rechtvaardigt volgens de Administratie het feit dat zij de briefwisseling met diverse advocaten hebben meegenomen en digitale gegevens elektronisch hebben overgeschreven op hun gegevensdragers.

Uit de rechtspraak en doctrine blijkt dat de door het beroepsgeheim gedekte briefwisseling van een advocaat niet in beslag kan worden genomen door een gerechtelijke overheid, waar zij zich ook bevindt (KI Brussel 25 juni 2001, *JT* 2001, 735; KENNES, L., "Le secret professionnel de l'avocat", *J.T.* 2007, 527, noot onder Cass. 9 mei 2007.). Hoewel deze rechtspraak betrekking heeft op het strafrecht, is ze mijns inziens evengoed van toepassing in fiscale zaken.

Verder moet het beroepsgeheim door iedereen eerbiedigd worden: de rechter, het openbaar ministerie en de andere partijen in het geding (D. VAN GERVEN, *l.c.*, 1458; Brussel 26 januari 2011, *JLMB* 2011, 428, noot P. HENRY, *JT* 2011, 541, noot N. COLETTE-BASECQZ; Corr. Brussel 20 februari 1998, *JT* 1998, 361, noot P. LAMBERT.).

Artikel 458 Sw., dat enkel verplichtingen oplegt aan de advocaat, vormt niet de rechtsbasis voor de verplichting opgelegd aan derden om het beroepsgeheim te eerbiedigen. De rechtsbasis dient gezocht te worden in de vaststelling dat het beroepsgeheim van de advocaat veel ruimer is dan het



strafrechtelijk gesanctioneerd beroepsgeheim van artikel 458 Sw. Het beroepsgeheim van de advocaat maakt immers een essentiële waarborg uit van de verdediging van de cliënt en van de goede werking van het gerecht. Door de verwevenheid van de door dit geheim nagestreefde private en algemene belangen is het niet ter beschikking, niet van de advocaat, niet van de cliënt, niet van een derde. Dit niet-ter-beschikking-zijn maakt integrerend deel uit van het beroepsgeheim van de advocaat. (STEVENS, J. "De praktijk van het beroepsgeheim" in E. BOYDENS (ed.), *Handboek voor de advocaat-stagiair 2012-2013. Deontologie*, Brussel, Orde van Vlaamse Balies, 2012, 215.)

Ik meen dan ook te kunnen besluiten dat de Administratie het aan het verkeerde eind heeft wanneer zij stelt dat de stukken die zij heeft meegenomen of gekopieerd niet beschermd zijn door het beroepsgeheim van de advocaat omdat ze zich bevinden in de lokalen van de cliënt. De fiscus dient zich zeer zeker te houden aan het beroepsgeheim van de advocaat en kan aldus niet de briefwisseling tussen de cliënt en de advocaat meenemen.

2.

2.1.

Mr. X vraagt dat wanneer de (fiscale) administratie toch vertrouwelijke briefwisseling zou meenemen tijdens een fiscale visitatie / huiszoeking, zij verplicht is om zelf onmiddellijk alle vertrouwelijke briefwisseling in een verzegelde omslag te plaatsen en terug aan de cliënt of zijn raadsman te bezorgen.

In dat verband verwijs ik naar het Akzo Nobel-arrest van 17 september 2007 (Ger. EG T-125/03 en T-253/03 17 september 2007, *Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals v. Commissie*, <http://curia.europa.eu>). Het Gerecht heeft procedurevoorschriften bepaald voor de behandeling van documenten die mogelijk beschermd zijn door het beroepsgeheim: de zogenaamde "procedure van de verzegelde envelop". De onderneming, voorwerp van het onderzoek door EU-ambtenaren, dient, zonder de concrete inhoud van de documenten te onthullen, die gegevens te verstrekken die kunnen dienen tot het bewijs dat de documenten vallen onder het beroepsgeheim. Als de ambtenaren niet akkoord gaan, dan mogen zij zelfs geen beknopt onderzoek uitvoeren naar de inhoud van de beweerdelijk vertrouwelijke documenten, maar moeten ze die in een verzegelde envelop bewaren. Ze mogen van de inhoud geen kennis nemen voordat zij daaromtrent een beschikking hebben gemaakt, waartegen de onderneming eerst beroep kan instellen. (J. STEVENS, *o.c.*, 195-196)

Hoewel dit arrest betrekking heeft op het Europees mededingingsrecht, zijn er geen beletselen waarom dergelijke waarborgen niet in België zouden moeten worden verleend in andere procedures (zoals fiscale) om het beroepsgeheim waarop de rechtsonderhorigen recht hebben, effectief te beschermen. Wie die kennis heeft genomen van gegevens die mogelijk onder het beroepsgeheim vallen, kan het geschonden geheim niet uit zijn geheugen wissen (J. STEVENS, *o.c.*, 196).

Ik besluit derhalve dat de fiscus zelf gehouden is om mogelijks vertrouwelijke stukken in een verzegelde envelop te steken en in afwachting van het verdere onderzoek aan de stafhouder te overhandigen, veeleer dan aan de cliënt of de advocaat.



2.2.

Verder vraagt mr. X dat wanneer de (fiscale) administratie toch vertrouwelijke briefwisseling zou meenemen tijdens een fiscale visitatie / huiszoeking, zij verplicht is om alle vertrouwelijke e-mails onherroepelijk te verwijderen uit het gewone en elektronische administratief dossier.

Gelet op het bovenstaande, dient mijns inziens de fiscus de afgeprinte vertrouwelijk e-mails tevens in een verzegelde envelop te steken en over te maken aan de stafhouder en/of dienen de stukken/brieven door de stafhouder of zijn vertegenwoordiger te worden onderzocht. Deze zal elke brief (tevens de aangehechte stukken) van een advocaat aan de cliënt en vice versa uit het administratief dossier moeten halen. Wat de elektronische bestanden betreft, meen ik dat ook deze moeten worden gezuiverd (mogelijk zullen de stukken onleesbaar moeten worden gemaakt). De mogelijks vertrouwelijke bestanden moeten wel onherroepelijk verwijderd worden uit de elektronische drager die in het bezit blijft van de Administratie.

2.3.

Daarnaast vraagt mr. X of de Administratie dient te attesteren dat alle briefwisseling tussen advocaten en cliënten uit het gewone en elektronische dossier werd verwijderd en niet aangewend zal worden in enige procedure.

Mijns inziens is dit niet echt noodzakelijk. De Administratie kan alleszins geen beslissing / sanctie nemen gegrond op de mogelijks vertrouwelijke stukken, omdat zij er geen kennis van mag hebben. Indien zij er toch gebruik van zou maken, zal dit mogelijk wel blijken.

3.

Tot slot vraagt mr. X of hij de betrokken confraters dient te informeren dat hun vertrouwelijke briefwisseling in beslag werd genomen door de BBI in het kader van een fiscaal onderzoek lastens hun cliënte.

Dit lijkt me inderdaad wel aangewezen.

Edward Janssens
Bestuurder departement deontologie

27 juni 2013

