

## NEDERLAND BRAAFSTE VAN DE EUROPESE KLAS?

### 1. Anti-witwasrichtlijnen en de geheimhouding van de advocaat

In alle EU landen heeft de advocatuur (en het notariaat) te kampen met de Europese anti-witwasrichtlijnen, die raken aan het beroepsgeheim en het verschoningsrecht dat deze beroepsgroepen traditioneel bezitten. Het kan daarom nuttig zijn kennis te nemen van de manier waarop in een ander EU land wordt omgegaan met de richtlijnen, hoe deze door de wetgever worden geïmplementeerd en hoe vervolgens de rechterlijke macht en de beroepsgroep zelf daarmee omgaan.<sup>1</sup> In Nederland zijn advocaten jaloers op het Belgische Grondwettelijke Hof dat met zijn interpretatieve arrest een ruime bescherming aan het beroepsgeheim van advocaten heeft gegeven door elke vorm van dienstverlening en advies onder de beschermde uitzondering van het vaststellen van de rechtspositie van de cliënt of het voeren of voorkomen van een procedure te laten vallen, zolang de advocaat niet zelf deelneemt aan de witwasactiviteiten, het advies bedoeld is voor witwasdoeleinden of de advocaat weet dat het advies gevraagd wordt voor witwasdoeleinden. Wij hebben in Nederland geen grondwettelijk hof, dus zullen wij andere wegen moeten bewandelen om onze geheimhoudingsplicht te beschermen.

### 2. Nederlandse wet- en regelgeving ter implementatie van de anti-witwasrichtlijnen

De eerste richtlijn ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (91/308/EEG) en de wijzigingsrichtlijn van 2001 (2001/97/EEG) zijn in Nederland geïmplementeerd door de (later aangepaste) Wet houdende nieuwe bepalingen inzake

identificatie van cliënten bij financiële dienstverlening (WID) van 1993 en de Wet betreffende melding ongebruikelijke transacties bij financiële dienstverlening (MOT), eveneens van 1993, waarin na aanpassing naar aanleiding van de wijzigingsrichtlijn expliciet bepaald wordt dat hij niet van toepassing is op diensten die betrekking hebben op werkzaamheden van een advocaat of een notaris betreffende de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding, of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. Waar de wetten wel van toepassing zijn betekenen zij dat de identiteit van de cliënt gecontroleerd moet worden en dat ongebruikelijke transacties bij Bureau Financieel Toezicht (BFT) gemeld moet worden zonder dat de cliënt van die melding op de hoogte gesteld mag worden (de zogenaamde niet mededelingsplicht).

Zoals zo vaak schuilt het venijn minder in de wet dan in de uitvoeringsbesluiten van de wet. De wetten reppen van instellingen die gecontroleerd zullen worden en van diensten waarop die controle van toepassing is, maar de precieze aanwijzing van welke instellingen en welke diensten is overgelaten aan een Algemene Maatregel van Bestuur (AmvB), een ministerieel uitvoeringsbesluit. Daar is een en ander over te doen geweest. Het is deze AmvB die de dienstverlening van advocaten, notarissen, belastingadviseurs en andere beoefenaren van beschermde vrije beroepen onder de WID en de MOT bracht. De Raad van State merkte in zijn advies over de concept AmvB op dat het in strijd met de vereiste vertrouwelijkheid in het contact tussen advocaat en cliënt zou zijn wanneer ook voor advocaten de niet-mededelingsplicht zou gelden, maar de ministers van financiën en justitie waaronder deze materie valt zijn daar niet op ingegaan zodat advocaten die niet met hun 'eigenlijke taak' bezig zijn niet alleen MOT meldingen moeten doen maar dat dan ook nog niet aan hun cliënten mogen vertellen. Hierin gaat de Nederlandse regelgeving dus verder dan strikt genomen noodzakelijk is ter implementatie van de richtlijn, die een dergelijke uitzondering voor de

\* Advocaat aan de balie te Brussel, doet rechtvergelijkend onderzoek met betrekking tot de bescherming van het beroepsgeheim in strafzaken aan de Universiteit van Maastricht.

<sup>1</sup> Alle materiaal waarop in dit artikel naar wordt verwezen is te vinden op [www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/dossier\\_wid\\_mot.asp](http://www.advocatenorde.nl/wetenregelgeving/dossier_wid_mot.asp).

traditionele geheimhouders wel mogelijk maakt.

### 3. Toezicht

De richtlijn geeft de mogelijkheid het toezicht over te laten aan een zelfregulerende instantie, d.w.z. wat de advocaten betreft, aan de Orde van Advocaten zelf. Dat is in Nederland in strikte zin niet gebeurd, maar wel zijn er afspraken tussen het BFT en de orde die erop neerkomen dat de feitelijke controle in handen van de orde is, zodat het beroepsgeheim grotendeels gewaarborgd is. Zogenaamde auditors van de orde voeren de controle de facto uit. De orde rapporteert regelmatig aan de BFT. Toch zijn er af en toe wrijvingen tussen de orde en het BFT omdat dat laatste zijn opdracht heel ruim interpreteert, en van de 'instelling' (het advocatenkantoor) verlangt dat zij actief op allerlei informatie uitgaat alsof zij een opsporingsinstelling is.

### 4. Implementatie van de derde richtlijn

Inmiddels is er de derde richtlijn (2005/60/EEG), die het hele stelsel nog eens aanscherpt. Belangrijk is dat volgens deze richtlijn wordt overgegaan van een regelgeoriënteerde aanpak naar een risicogeoriënteerde controle, wat wil zeggen dat niet meer wordt voorgeschreven hoe de controle wordt uitgevoerd maar welk doel zij dient. Dat kan het beste worden beoordeeld door de advocaat zelf, met als gevolg dat het toezicht meer op afstand zou moeten zijn. Aan de andere kant zijn er dan dus geen duidelijke regels meer die de competenties afbakenen. De wetgever is bezig deze derde richtlijn te implementeren. Daarbij zullen de WID en de MOT samengevoegd worden tot één wet. De orde van advocaten is momenteel actief in het becommentariëren van de wetgeving in de maak en verzet zich met hand en tand tegen de beperkte uitleg van wat het 'normale werk' van een advocaat zou zijn, waartoe de uitzondering op de meldings- en identificatieplicht zich zou beperken. Daarbij wordt een beroep gedaan op de 'Belgische interpretatie'. Men verzet zich met name tegen de opvatting die bij de betrokken ministers heerst, dat de vaststelling van de rechtspositie alleen het intakegesprek zou betreffen. De orde maakt zich sterk voor een ruime opvatting van het

advieswerk dat meer in overeenstemming zou zijn met de EU-uitgangspunten. Daarbij doet zij een beroep op de dubbele basis van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht, namelijk een basis in art. 6 EVRM voor de processuele kanten ervan en een basis in artikel 8 EVRM voor het recht op privacy dat ook het recht van elke burger omvat om zich in vertrouwelijkheid te oriënteren op het recht dat op hem van toepassing is. Verder bepleit de orde een totale vrijstelling van het 'tipping off-verbod' als fundamenteel in strijd met het beroepsgeheim/ verschoningsrecht en de noodzakelijke vertrouwelijkheid van de omgang tussen advocaat en cliënt die de basis daaronder is. Dat vond de Raad van State ook al, maar het is zeer de vraag of die ruime opvatting in de wet zal komen. Zowel de ministers als het parlement zijn naar het zich laat aanzien niet erg onder de indruk van de speciale positie die door de beroepsgroepen geclaimd wordt.

### 5. Lopende proefprocessen

Inmiddels wordt over de kwestie ook geprocedeerd. De eerste procedure is een tuchtzaak over een notariskantoor dat door de BFT gemaand was de eerste twee dossiers die voorkwamen onder elke letter van het alfabet ter inzage te geven. Dat werd geweigerd omdat men van oordeel was dat hiermee de BFT zijn controlebevoegdheid verre te buiten ging. De kamer van het gerechtshof in Amsterdam die dienst doet als tuchtrechtelijke beroepsinstantie voor het notariaat was van oordeel - na belangenafweging tussen het belang dat gediend is met de MOT en WID enerzijds en de mogelijkheid voor de burger om vrijelijk een notaris te kunnen raadplegen anderzijds - dat die in het voordeel van de notarissen uitviel, zeker nu een precieze wettelijke basis onder deze vermeende bevoegdheid tot het doen van steekproefsgewijze controle ontbreekt.<sup>2</sup>

Inmiddels is ook een zaak van een advocatenkantoor dat inzage weigerde aan de tuchtrechter voorgelegd. Dit kantoor, dat gespecialiseerd is in belastingrecht, weigerde aan de advocaten-auditors die de controle op de MOT nale-

<sup>2</sup> Hof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6708.

ven inzage te verlenen in dossiers zolang deze auditors geen geheimhouding kunnen garanderen. De vraag is namelijk of een dergelijke auditor zijn geheimhouding kan volhouden wanneer hij door een rechter opgeroepen zou worden als getuige, omdat hij in zijn positie als auditor geen cliënt heeft en het verschoningsrecht is gekoppeld aan de relatie advocaat-client. Het kantoor heeft alle gevraagde stukken aan de auditor laten zien met uitzondering van de stukken van de cliënt. In deze zaak is nog geen uitspraak gedaan.

de civiele advocaat die zich met financiële rechtshulpverlening bezighoudt.

**Ties Prakken\***

#### **6. Relevantie voor de verdediger in strafzaken**

Er wordt wel gezegd dat de hele discussie over de gevolgen van de anti-witwasrichtlijnen en bijbehorende nationale wetgeving niet van belang is voor de advocaten die zich vooral bezig houden met strafzaken, omdat de activiteiten van die advocaten nu eenmaal per definitie gericht zijn op de vaststelling van de rechtspositie en/of het voeren of voorkomen van procedures. Dat moge zo zijn, maar het beroepsgeheim is juist voor hen ook van cruciaal belang en daarom is elke bedreiging van dat beroepsgeheim en het bijbehorend verschoningsrecht een reden tot waakzaamheid. Juist advocaten in strafzaken moeten hun geheimhoudingsplicht, die in de publieke opinie vaak niet zo goed ligt, verdedigen op grond van het belang dat het beroepsgeheim van advocaten in het algemeen heeft als garantie voor de vrije toegang tot de beroepsgroep voor de burger. Het gaat hen dus wel degelijk aan. Bovendien ligt het verschoningsrecht van de strafrechtadvocaat momenteel toch serieus onder druk in verband met andere aspecten dan de bestrijding van witwassen. Bij het in Nederland zo populaire af luisteren van telefoons is gebleken dat ook advocaten regelmatig worden afgeluisterd en dat de overheid niet bereid is adequate maatregelen te treffen om de telefoons van advocaten af te schermen. Ook is onlangs een advocaat in een strafzaak door de rechter-commissaris opgeroepen als getuige om te komen verklaren over zijn cliënt. Dat heeft hij natuurlijk niet gedaan, maar alleen het feit dat het geprobeerd is maakt duidelijk dat het beroepsgeheim en verschoningsrecht van de strafadvocaat evenmin meer heilig is als dat van

\* Ties Prakken is em. hoogleraar Strafrecht aan de Universiteit Maastricht en advocaat in Amsterdam.