

2007 dat de praktijk en het beleid omtrent de bemiddeling in de strafrechtelijke context in een ontwikkelingsfase vertoeft die allesbepalend kan zijn voor zijn toekomst. Ten slotte, een dooddoener om te eindigen, verdere wetenschappelijke ondersteuning en onderzoek kan een begin van antwoord bieden op tal van vragen.

Bart Claes\*

## RUBRIEK RECHTSHULP EN ADVOCATUUR

De strijd tegen terrorisme en georganiseerde criminaliteit wordt in bepaalde gevallen een voorwendsel om procedurele waarborgen voor verdachten in strafzaken op de helling te zetten. Het langzaam en voorzichtig opgebouwd evenwicht in het strafproces tussen de belangen van de waarheidsvinding enerzijds, en de rechten van de verdediging en het fair trial beginsel anderzijds, ligt onder vuur. De bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat in strafzaken is zeker niet meer evident. Verregaande telefoontaps in Nederland en meldplicht voor advocaten betreffende witwassen zijn daarvan voorbeelden. In het vorige nummer werden enkele aspecten van o.m. afluisteren van advocaten in België en Nederland besproken. In dit nummer nemen we het recente arrest van het Grondwettelijk Hof in verband met de meldplicht inzake witwassen dat bepaalde grenzen stelt aan de uitholling van het beroepsgeheim onder de loep.

### GRONDWETTELIJK HOF TREKT GRENZEN IN VERBAND MET MELDPlicht WITWASSEN

Op 23 januari ll. velde het Grondwettelijk Hof een belangrijk arrest in verband met de bescherming van het beroepsgeheim van advocaten.<sup>1</sup> De vordering was ingesteld door onder meer de Orde van Vlaamse Balies, de Ordre des Barreaux

\* Wetenschappelijk medewerker (FWO), Vakgroep Criminologie, Faculteit Recht en Criminologie, Vrije Universiteit Brussel (VUB).

<sup>1</sup> Grondwettelijk Hof, 23 januari 2008, arrest 10/2008, Rolnummers 3064 en 3065, <http://www.arbitrage.be/>

Francophones et Germanophones en de Nederlandse en de Franstalige Orde van Advocaten te Brussel.

De eisers vroegen de vernietiging van een aantal bepalingen van de wet van 12 januari 2004<sup>2</sup>, die in het Belgische recht de Richtlijn 2001/97/CE van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001<sup>3</sup> overzette. Deze richtlijn wijzigde een vroegere Richtlijn nr 91/308/EEG<sup>4</sup> van de Raad met betrekking tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

Het centrale punt in de richtlijn van 2001 is de invoering van een meldplicht voor verdachte transacties voor notarissen en onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, wanneer ze deelnemen aan financieel of ondernemingsgerichte transacties.

De idee achter de richtlijn is dat witwassers meer en meer het bankcircuit ontlopen omdat daar de controle groter is en gebruik gaan maken van niet-financiële ondernemingen om witwascircuits op te zetten.

De discussie die zich stelt met betrekking tot het beroepsgeheim is telkens opnieuw of de waarheidsvinding en de efficiënte bestrijding van de misdaad in bepaalde gevallen moeten wijken voor een hoger belang, namelijk dat van een geciviliseerde rechtspleging waarin elke burger het recht moet hebben om zich te verdedigen, recht moet hebben op een eerlijk proces

<sup>2</sup> Wet van 12 januari 2004 tot wijziging van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen, en de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs, B.S. 23 januari 2004, <http://www.ejustice.jugov.be/wet/wet.htm>.

<sup>3</sup> Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld - Verklaring van de Commissie, *PB L 344* van 28.12.2001, blz. 76-82.

<sup>4</sup> Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *PB L 166* van 28.6.1991, blz. 77-83.

én recht moet hebben op de bijstand van een advocaat.

Alle Europese rechtssystemen erkennen dat de bescherming van het beroepsgeheim precies één van die omstandigheden is waar de waarheidsvinding moet wijken voor een hoger belang met name de rechten van de verdediging en het recht op bijstand van een advocaat voor elke verdachte. Dat wordt ook bevestigd door de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft het belang van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en hun cliënten en de bescherming ervan zowel vanuit de problematiek van het recht op privacy<sup>5</sup> als vanuit het recht op een eerlijk proces bevestigd.<sup>6</sup>

Het Hof van Justitie in Luxemburg heeft het recht op bescherming van het beroepsgeheim van advocaten in verschillende arresten ook als belangrijk aangestipt<sup>7</sup>.

Het beroepsgeheim is evenwel niet absoluut en kan wijken voor een hoger belang. Het klassieke voorbeeld is daar uiteraard de situatie waarin een advocaat informatie ontvangt die normaal door het beroepsgeheim zou gedekt zijn, maar waaruit blijkt dat een misdrijf op het punt staat te gebeuren waarbij het leven of de fysieke integriteit van iemand ernstig bedreigd wordt.

Dat is in hele grote lijnen het kader waarin de discussie over de witwasrichtlijn dient gesitueerd te worden.

### 1. Uitstap naar Luxemburg

De richtlijn en ook de wet van 12 januari 2004, die de tekst van de richtlijn zo goed als woordelijk had overgenomen, verwijzen naar de bescherming van het beroepsgeheim en stellen een systeem in waarvan de Europese wetgever meende dat het voldoende garanties bood. De Ordes van advocaten die de zaak inspanden voor het Grondwettelijk Hof waren integendeel de mening toegedaan dat de aan de advocaten opgelegde meldplicht een bedreiging vormde voor de bescherming van het beroepsgeheim.

Vermits de tekst van de Belgische wet van 12 januari 2004 identiek was aan deze van de Richtlijn stelde het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen: is de meldplicht opgelegd aan advocaten verenigbaar met het recht op een eerlijk proces zoals gegarandeerd door art. 6 van het EVRM?

<sup>5</sup> Zie ondermeer de volgende arresten: EHRM 28 maart 1992, *Campbell v. Verenigd Koninkrijk*, A 233; EHRM 16 december 1992, *Niemitz t. Duitsland*; EHRM 25 maart 1998, *Kopp t. Zwitserland*; EHRM 20 juni 2000, *Foxley t. VK*; EHRM 25 november 2004, *Decision on admissibility, Aalmoes t. Nederland*; EHRM 27 september 2005, *Petri Sallinen en anderen t. Finland*; EHRM 7 juni 2007, *Smirnov t. Rusland*; EHRM 28 juni 2007, *The Association for European Integration and Human Rights en Ekimdzhev t. Bulgarije*; EHRM 16 oktober 2007, *Wieser en Bicos Beteiligungen GMBH t. Oostenrijk*.

<sup>6</sup> In EHRM 28 november 1991, *S v. Zwitserland* stelde het EHRM ondermeer: "*Het Hof beschouwt het recht van aan beklaagde om met zijn advocaat te communiceren zonder dat een derde persoon kan meeluisteren als een basisvoorwaarde voor een eerlijk proces in een democratische samenleving dat voortvloeit uit artikel 6 § 3 (c) van het verdrag. Indien een advocaat niet de mogelijkheid zou hebben met zijn cliënt te spreken en van hem instructies te ontvangen zonder toezicht dan zou zijn bijstand veel van zijn nut verliezen terwijl het verdrag erop gericht is rechten te verzekeren die praktisch en effectief zijn.*"

<sup>7</sup> Zie bvb. Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 18 mei 1982, *AM & S Europe Limited t. Commissie van de Europese Gemeenschappen*, 155/79 waarin het Hof

enerzijds vaststelt dat de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten bestempelt als een principe en begrip dat gemeenschappelijk is aan de wetten van de lidstaten (zelfs indien de concrete uitwerking ervan verschilt). Het HvJ stelt verder dat de vertrouwelijkheid tot doelstelling heeft dat elke persoon in de mogelijkheid moet verkeren om ongehinderd een advocaat te raadplegen. Het HvJ merkt verder op dat sommige lidstaten de vertrouwelijkheid eerder zullen steunen op de intrinsieke aard van het beroep van advocaat dat bijdraagt tot de instandhouding van de rechtstaat en andere lidstaten eerder zullen verwijzen naar de rechten van de verdediging.

Het Hof van Justitie velde op 26 juni 2007 een arrest<sup>8</sup> waarbij het stelde dat er geen onverenigbaarheid was tussen de witwasrichtlijn en het recht op een eerlijk proces. De voornaamste overweging van het Hof van Justitie was daarbij evenwel dat de richtlijn een mogelijkheid voorziet voor de lidstaten om een uitzondering te voorzien op de meldplicht voor de advocaten.

Artikel 6 - 3e, 2e lid van de richtlijn 91/308 zoals gewijzigd door richtlijn 2001/97 voorziet inderdaad het volgende:

*"De lidstaten zijn er niet toe gehouden de in lid 1 vervatte verplichtingen toe te passen op notarissen, onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, ... met betrekking tot de inlichtingen die zij van een van hun cliënten ontvangen of over een van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen dan wel in of in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen.»*

Daarenboven herinnert het Hof van Justitie eraan dat de meldplicht ook nog op een andere manier begrensd wordt aangezien ze alleen betrekking heeft op de activiteiten opgesomd in artikel 2 (A5) van richtlijn 91/308.

Het gaat daarbij in hoofdzaak om advies gegeven in het kader van financiële transacties, transacties op onroerende goederen of andere daden gesteld in het kader van dit soort van transacties voor rekening en in naam van de cliënt. Het Hof van Justitie merkt op dat dit soort van transacties van nature uit geen band heeft met gerechtelijke procedures en dus buiten het toepassingsveld valt van art 6 EVRM. Daarenboven indien een dergelijk advies zou gegeven worden met het oog op het vermijden van een procedure en zelfs in verband met het soort transacties waarvan hierboven sprake zal de uitzondering van artikel 6 (3) van de richtlijn gelden. Het Hof van Justitie besluit daaruit dat geen enkele activiteit waarop het recht op een eerlijk

proces toepasselijk is binnen het toepassingsveld van de meldplicht kan vallen. Zodoende kan er zich ook geen onverenigbaarheid met artikel 6 EVRM stellen.

Het Hof van Justitie geeft daarbij zelf aan dat die vraag niet noodzakelijk op dezelfde wijze zou beantwoord zijn indien het Belgisch Grondwettelijk Hof in zijn prejudiciële vraag ook zou verwezen hebben naar andere internationale normen.

Voor het Grondwettelijk Hof waren onder meer artikels 7 en 8 EVRM, de algemene beginselen van het recht op verdediging en artikel 47 en 48 van het Charter voor de fundamentele rechten van de Europese Unie wél ter sprake gekomen, maar in de prejudiciële vraag werd alleen verwezen naar artikel 6 EVRM en "bijgevolg naar artikel 6 paragraaf 2 van het Verdrag van de Europese Unie".

De overwegingen van het arrest geven slechts een zéér gedeeltelijk beeld van de complexe discussie die voor het Hof van Justitie werd gevoerd. Die komt duidelijker naar voren in het advies dat werd verstrekt door Advocaat-generaal Poiares Maduro<sup>9</sup>. Daaruit blijkt duidelijk dat in het centrum van de discussie de vraag stond of de activiteiten van de advocaten konden gesplitst worden in "essentiële activiteiten" en "bijkomstige activiteiten". Het beroepsgeheim zou dan slechts gelden voor de eerste categorie en niet voor de tweede.

De Europese Commissie verdedigde voor het Hof van Justitie het standpunt dat het beroepsgeheim slechts gold voor activiteiten die een directe band hebben met een gerechtelijke procedure. Voor een eenvoudig advies zou het beroepsgeheim dus niet gelden. Het standpunt van de Commissie was dan ook logischerwijze dat de richtlijn géén inbreuk maakte op de fundamentele rechten aangezien ze de lidstaten toelaat alle activiteiten die verband houden met de gerechtelijke procedure uit te sluiten van de meldplicht.

De balies verdedigden dat het beroepsgeheim zéér nauw verbonden is met de kern van

<sup>8</sup> Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, 26 juni 2007, C-305/05, <http://curia.europa.eu>.

<sup>9</sup> Conclusie van Advocaat-generaal Poiares Maduro van 14 december 2006 in zaak C-305/05, <http://curia.europa.eu>.

het beroep van advocaat, wat door de toepassing van het beroepsgeheim een bijzondere status en waardigheid krijgt. Ze voerden aan dat het aan de advocaten zelf is om te beslissen welke beperkingen kunnen opgelegd worden aan het beroepsgeheim. De toepassing van het beroepsgeheim beperken tot één soort van activiteit is onmogelijk aangezien de werkzaamheden van advocaten over het algemeen een complex en ondeelbaar karakter hebben. De balies besloten bijgevolg dat een meldplicht onvermijdelijk tot schending van het beroepsgeheim zou leiden.

Deze discussie kan niet losgemaakt worden van de nogal onduidelijke formulering van de richtlijn zélf. Het Hof van Justitie verwijst daarnaar in punt 27 van zijn arrest en trekt de aandacht op het feit dat artikel 6 (3) van richtlijn 91/308 tot verschillende interpretaties kan leiden. Bijgevolg, stelt het Hof van Justitie, is de omvang van de meldplicht "niet van elke dubbelzinnigheid verstoken". Wat moet bijvoorbeeld verstaan worden onder "het bepalen van de rechtspositie van een cliënt"? Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar zijn vaststaande rechtspraak dat een regel van Europees recht die op verschillende wijzen kan geïnterpreteerd worden zo moet gelezen worden dat hij in overeenstemming is met het EU-verdrag en herhaalt daarbij ook dat de fundamentele rechten deel uitmaken van dat referentiekader.

De Advocaat-generaal gaat in zijn advies in tegen de stelling van de Europese Commissie en is van oordeel dat het beroepsgeheim van toepassing is op "de vertegenwoordiging, de verdediging, de bijstand en het juridisch advies".

Hij trekt daarbij de aandacht op punt 17 van de preambule van de richtlijn van 2001 waar dat standpunt uitdrukkelijk wordt verwoord:

*"Wanneer echter onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen die juridisch advies verstrekken, zoals advocaten, de rechtspositie van een cliënt bepalen of een cliënt in rechte vertegenwoordigen, is het niet aangewezen om deze beroepsbeoefenaren voor deze activiteiten krachtens de richtlijn een verplichting op te leggen vermoedens van witwassen te melden. Er moeten vrijstellingen zijn van elke verplichting om informatie te melden die is verkregen vóór, tijdens of na een gerechtelijke proce-*

*dure, of bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. Bijgevolg blijft juridisch advies onderworpen aan de beroepsgeheimhoudingsplicht, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden wordt verstrekt, of de advocaat weet of redenen heeft om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden."*

De Advocaat-generaal is van oordeel dat het volstaat om artikel 6 (3) van de richtlijn in combinatie te lezen met punt 17 van de preambule omdat adviesactiviteiten van advocaten volwaardig zouden kunnen genieten van de uitzondering op de meldplicht.

De Advocaat-generaal bij het Hof van Justitie analyseert vervolgens de vraag of de activiteiten die op beperkende wijze worden opgesomd in artikel 2A-5 van de richtlijn en waarvoor een meldplicht wordt opgelegd (bijstand bij de voorbereiding of de realisatie van onroerende financiële transacties en daden gesteld in naam van de cliënt en voor rekening van deze in iedere financiële of onroerende transactie) eveneens onderworpen zijn aan het beroepsgeheim. De balies hadden naar voor gebracht dat in het kader van deze activiteiten een advocaat eveneens een analyse zou maken en een advies zou geven aan een cliënt met betrekking tot zijn juridische situatie wat op het eerste gezicht logisch lijkt. De activiteit van een advocaat is inderdaad dikwijls complex: een advies gaat dikwijls andere soorten van tussenkomst vooraf. Waar ligt de scheidingslijn?

Advocaat-generaal Poiares Maduro poogt dan een criterium te vinden dat zou toelaten om activiteiten die door het beroepsgeheim beschermd worden te onderscheiden van de andere. Hij verdedigt het standpunt dat het niet de aard van de activiteit was maar de manier waarop deze wordt uitgeoefend die in het centrum van de discussie zou moeten staan: "Indien de evaluatie alleen tot doel heeft de cliënt toe te laten zijn activiteiten te organiseren in overeenstemming met de wet, en zijn doelstellingen in overeenstemming te brengen met de rechtsregels, dient ze beschouwd te worden als een raadgevende activiteit en moet ze onttrokken worden aan elke meldplicht, wat ook de context is waarin ze wordt verleend. Daarentegen indien de evaluatie

*tot voornaamste doel heeft een commerciële of financiële transactie te verwezenlijken of voor te bereiden en indien ze onderworpen is aan de instructies van de cliënt om, onder meer, de economisch meest gunstige situatie te ontdekken, zal de advocaat niet anders handelen dan een zakenagent die zijn kennis ten dienste stelt van een niet-juridische activiteit en zal er dus ook geen sprake zijn van toepassing van het beroepsgeheim. In het eerste geval kan men zeggen dat de advocaat niet alleen in het belang van zijn cliënt handelt, maar eveneens in het belang van het recht. In het tweede staat enkel het belang van de cliënt voorop. In dat geval handelt de advocaat niet als een onafhankelijk advocaat, maar bevindt hij zich in een situatie die gelijk is aan deze van een financieel raadgever of een bedrijfsjurist."*

Advocaat-generaal Poiaras Maduro voegt er evenwel onmiddellijk aan toe dat dit onderscheid moeilijk te hanteren is in de praktijk en dat bijgevolg geval per geval zal moeten onderzocht worden.

Maar ook hier rijzen problemen. Het is moeilijk om duidelijke criteria vast te stellen op grond van de subjectieve motivatie van de advocaat. Natuurlijk dient elke situatie individueel beoordeeld te worden. Maar de regel die gebruikt wordt om tot een dergelijke individuele evaluatie over te gaan dient voldoende duidelijk te zijn op straffe van een schending van het legaliteitsbeginsel en de rechtszekerheid. Dat is niet het geval met de regel die voorgesteld wordt door de Advocaat-generaal.

Het voorgestelde criterium verwacht trouwens 2 begrippen: het advies dat gegeven wordt met het oog op het organiseren van de activiteiten "in overeenstemming met de wet" wordt tegengesteld aan het advies dat gegeven wordt met het oog op het organiseren van een transactie "op de meest gunstige economische wijze". Maar in heel veel gevallen zullen deze twee helemaal niet tegengesteld zijn en zal een advies van een advocaat precies rekening moeten houden met zowel de juridische als de economische aspecten.

Indien we ervan uitgaan dat de Advocaat-generaal in zijn tweede hypothese het geval voor ogen had dat een advocaat bewust advies geeft

aan een cliënt om hem toe te laten de wet te omzeilen of te verbreken, kan men zich daarenboven uiteraard de vraag stellen of een dergelijk advocaat, die bewust de regels van de deontologie overtreedt en zich medeplichtig maakt aan een delict, zich zal spoeden om melding te maken van het feit dat hij aanwijzingen van witwassen heeft.

Het criterium dat werd voorgesteld door de Advocaat-generaal schijnt bijgevolg in de praktijk niet hanteerbaar te zijn.

De soms verwarde discussie voor het Hof van Justitie bevestigt uiteraard wat de Ordes van advocaten oorspronkelijk hadden gezegd: er bestaat geen duidelijke scheidingslijn die kan gebaseerd worden op duidelijke criteria en die toelaat een scherp onderscheid te maken tussen de verschillende soorten activiteiten van advocaten.

## **2. Het Grondwettelijk Hof vernietigt niet maar interpreteert**

Hoewel het Europese Hof van Justitie deze hele discussie uiteindelijk niet beslecht heeft omwille van het feit dat het van oordeel was dat de prejudiciële vraag zoals gesteld hiertoe geen aanleiding gaf, kan men toch vaststellen dat de debatten die gevoerd zijn in Luxemburg nagezinderd hebben bij de behandeling van de zaak voor het Grondwettelijk Hof.

Dat zal in zijn arrest van 23 januari 2008 de bepalingen van de wet die de richtlijn omzet niet vernietigen (behoudens één enkele die wel vernietigd wordt), maar er wel een dusdanige interpretatie aan geven dat alle adviesactiviteit van advocaten ook onder de uitzondering op de meldplicht zal gebracht worden.

De discussie voor het Grondwettelijk Hof betrof de artikels 4, 7, 25, 27, 30 en 31 van de wet van 12 januari 2004 die tot gevolg hebben dat advocaten voortaan verplicht zijn de stafhouder van de orde op de hoogte te brengen wanneer zij feiten vaststellen waarvan ze weten of vermoeden dat ze te maken hebben met het witwassen van geld.

De verzoekers in de procedure voor het Grondwettelijk Hof voerden aan dat dit strijdig is met de fundamentele beginselen van onafhankelijkheid van de advocaat en het beroepsge-

heim, die de harde kern vormen van de rechten van de verdediging verankerd in het artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 6 lid 2 van het verdrag betreffende de Europese Unie en Artikel 48 lid 2 van het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie.

Artikel 31 van de wet van 12 januari 2004, waardoor een verbod wordt ingesteld om de cliënt ter kennis te brengen dat informatie overgemaakt is aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking, werd door de Ordes in vraag gesteld. Het zogenaamde "tipping-off" verbod was in de Europese richtlijn facultatief ingesteld, maar de Belgische wetgever voerde het toch in. De verzoekers argumenteerden dat dit in strijd was met het beginsel van onafhankelijkheid van de advocatuur en dat daardoor de advocatuur ten onrechte op dezelfde voet gesteld werd als andere beroepen.

Een volgende betwisting betrof artikel 27 van de wet van 12 januari 2004 die bepaalde dat de cel voor financiële informatieverwerking zich door de advocaat die melding maakt, rechtstreeks alle bijkomende informatie kan laten mededelen die zij nuttig acht, zonder tussenkomst van de stafhouder. De verzoekers argumenteerden dat deze bepaling het beroepsgeheim schendt en dus de rechten van de verdediging.

Tenslotte bestreden de verzoekers ook artikel 30 van de wet van 12 januari 2004 in zoverre dat het elke werknemer van een advocaat toestaat om persoonlijk aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking informatie mede te delen telkens wanneer de normale procedure niet kan worden gevolgd. De verzoekers waren van oordeel dat indien het opnemen van de advocaten in de toepassingsfeer van de wet bekritiseerbaar is, zulks a fortiori geldt voor de werknemers, des te meer daar die opname zonder enig vangnet is gebeurd.

Samengevat kan men dus zeggen dat er enerzijds betwisting was over de vraag of een meldplicht überhaupt in overeenstemming te brengen is met het beroepsgeheim en anderzijds zijn er een aantal betwistingen met betrekking tot de procedure volgens dewelke dat moet gebeuren, waarbij vooral de mogelijkheid

betwist werd dat de cel voor financiële informatieverwerking zich rechtstreeks tot de advocaat zou richten of dat medewerkers van een advocatenkantoor rechtstreeks informatie naar de cel zouden doorspelen.

Het Hof zal enerzijds in artikel 10-18 2e lid van de wet van 11 januari 1993 zoals die gewijzigd wordt door artikel 30,2e van de wet van 12 januari 2004 de woorden "en 2ter" schrappen, waardoor geen verplichting meer opgelegd wordt aan de medewerkers van advocaten om zelf informatie ter beschikking te stellen van de cel.

Het arrest stelt dat in zoverre de wet toestaat dat iedere werknemer en iedere vertegenwoordiger van de advocaat de gegevens persoonlijk aan de cel bezorgt, zelfs via de stafhouder van de Orde, artikel 30 van de wet van 12 januari 2004 op onverantwoorde wijze afbreuk doet aan het beroepsgeheim van een advocaat.

Het Hof stelt ook dat niets kan verantwoorden dat *"de persoon die buiten de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt staat, gegevens betreffende die cliënt aan de overheden zou kunnen bezorgen. Dat geldt des te meer daar de werknemers van de advocaat mogelijk over geen enkel juridische kwalificatie of bevoegdheid beschikken en niet wordt ingezien hoe zij zouden kunnen oordelen of is voldaan aan de voorwaarden inzake de toepassing van de wet op de advocaat bij wie ze zijn tewerk gesteld of die zij vertegenwoordigen"*

Met betrekking tot de mogelijkheid voor de Cel om rechtstreeks informatie op te vragen bij de advocaat nadat die aanvankelijk zelf melding had gemaakt van een verdenking met betrekking tot witwassen aan zijn stafhouder, interpreteert het Grondwettelijk Hof artikel 15 paragraaf 1 - 1e van de wet van 11 januari 1993, vervangen bij artikel 27 van de wet van 12 januari 2004 in die zin dat iedere mededeling van informatie aan de Cel voor Financiële Informatieverwerking via de stafhouder moet verlopen. Het arrest voorziet aldus dat de cel weliswaar rechtstreeks aan de advocaat een vraag kan stellen, maar dat het antwoord steeds via de filter van de stafhouder dient te verlopen.

Op procedureel gebied heeft het Hof dus één bepaling vernietigd en anderen zo geïnterpreteerd dat de stafhouder in ieder geval een ver-

plichte etappe wordt voor elke mededeling en dat de met witwasbestrijding gelaste autoriteit niet rechtstreeks achter gegevens aan kan.

Het Hof treedt hier dus de stelling bij dat de advocaten, als beroepsgroep, zelf kunnen beslissen welke gegevens onder het beroepsgeheim vallen en welke niet. Het belang daarvan kan uiteraard niet genoeg onderstreept worden.

Wat betreft de hoofdvraag over de aard en de omvang van de activiteiten die aan meldplicht zouden onderworpen worden is het Hof van oordeel geweest dat het de bepalingen van de wet van 12 januari 2004 niet diende te vernietigen, omdat aan deze bepalingen een lezing kon gegeven worden die elk conflict met een grondrecht zou vermijden.

In het dispositief van zijn arrest stelt het Hof dat het artikel 2ter, ingevoegd in de wet van 11 januari 1993 door artikel 4 van de wet van 12 januari 2004 in die zin moet geïnterpreteerd worden:

- "dat de gegevens die de advocaat verneemt tijdens de uitoefening van de wezenlijke activiteiten van zijn beroep, met inbegrip van de materies die zijn opgesomd in dat artikel 2ter, namelijk het verdedigen of vertegenwoordigen in rechte van de cliënt en het verlenen van juridisch advies, zelfs buiten elk rechtsgeding, door het beroepsgeheim gedekt blijven en dus niet ter kennis kunnen worden gebracht van de overheden, en
- dat alleen wanneer de advocaat een activiteit uitoefent, in één van de materies die zijn opgesomd in het voormelde artikel 2ter, die verder gaat dan zijn specifieke opdracht van verdediging of vertegenwoordiging in rechte en verlening van juridisch advies, hij kan worden onderworpen aan de verplichting om de gegevens waarvan hij kennis heeft, aan de overheden mee te delen;"
- Het Grondwettelijk Hof neemt dus een zéér duidelijk standpunt in met betrekking tot de vraag die aanleiding had gegeven tot uitgebreide debatten voor het Hof van Justitie. Het stelt onomwonden dat alle adviesactiviteiten integraal blijven genieten van de bescherming van het beroepsge-

heim en niet onder de meldplicht vallen. Het is slechts wanneer een advocaat, in het kader van één van de limitatief opgesomde materies, activiteiten verricht die verder gaan dan zijn specifieke opdracht van verdediging of vertegenwoordiging in rechte en verlening van juridisch advies dat hij kan onderworpen worden aan een meldplicht.

Met andere woorden indien een advocaat activiteiten ontplooit die niets te maken hebben met zijn beroep van advocaat en bijvoorbeeld optreedt als beheerder van een vennootschap zal hij zoals elke burger onderworpen zijn aan de meldplicht.

Elke discussie over "*hoofdactiviteiten*" van advocaten en "*bijkomende activiteiten*" zoals de Europese Commissie die onder meer had gesteld voor het Hof van Justitie, elke discussie over activiteiten "*in overeenstemming met de wet*" of "*andere*" activiteiten is hiermee voor wat betreft de Belgische advocatuur van de baan. Elke activiteit van een advocaat, óók louter advies, is onttrokken aan de meldplicht.

### 3. Terug naar het uitgangspunt

Hoe stelt zich hier de verhouding tussen de efficiënte bestrijding van de misdaad aan de ene kant en het recht van iedereen op een eerlijk proces en efficiënte rechtsbijstand in het proces aan de andere kant?

Men kan zich daarbij om te beginnen de vraag stellen waarom nu precies voor witwassen een meldplicht wordt opgelegd en waarom dat niet zo is voor andere soorten van criminaliteit, waar de advocaat kennis kan van krijgen in het kader van zijn beroepsactiviteiten en waarover hij nochtans moet zwijgen in het kader van zijn geheimhoudingsplicht.

Het criterium dat tot nu toe werd gehanteerd om een advocaat eventueel te ontslaan van zijn geheimhoudingsplicht was het bestaan van een noodtoestand. Indien een hoger rechtsgoed, zoals het recht op leven, niet anders kon beschermd worden dan door het doorbreken van de geheimhoudingsverplichting dan kon wat dat betreft aan de advocaat geen verwijt gemaakt worden. Belangrijk daarbij is, dat er geen enkele verplichting bestaat in hoofde van

de advocaat, die zelf in eer en geweten beslist of hij de geheimhoudingsverplichting doorbreekt en dat uiteraard altijd met de grootste voorzichtigheid zal doen.

Men kan ten eerste betwijfelen of op het gebied van witwassen er zelfs sprake kan zijn van een dergelijke noodtoestand, nu er geen sprake is van een dwingend te beschermen hoger rechtsbelang, doch slechts van een algemeen belang in het kader van de algemene criminaliteitsbestrijding.

Anderzijds voldoet de ingestelde meldplicht evenmin aan het tweede criterium van de noodtoestand: er mag geen ander middel zijn om het te beschermen hoger rechtsbelang te vrijwaren. In dat verband kan eerst en vooral opgemerkt worden dat de advocaat die wetens en willens deelneemt aan witwaspraktijken zich niet alleen blootstelt aan deontologische vervolging, maar eveneens aan een strafrechtelijke vervolging als mededader van het witwasmisdrijf.

Met betrekking tot de advocaat die niet deelneemt aan het misdrijf doch slechts kennis heeft van eventuele witwaspraktijken door wat de cliënten hem vertellen dient opgemerkt te worden dat die advocaat zelf geen actieve rol zal spelen bij het witwassen. Zodra hij een actieve rol speelt door bijvoorbeeld rekeningen ter beschikking te stellen enz. zal hij als mededader aangestipt worden.

Dat houdt dus in dat de advocaat die slechts kennis heeft van mogelijke witwaspraktijken geen handelingen zal stellen waardoor het wit te wassen geld op gelijk welk moment door zijn handen gaat.

Het wit te wassen geld zal dus in dat geval noodzakelijkerwijze doorstromen via meer klassieke kanalen die zonder problemen aan de meldplicht kunnen onderworpen worden aangezien het probleem van het beroepsgeheim zich daar niet stelt.

We kunnen ons vragen stellen bij de proportionaliteit van gelijk welke meldplicht voor advocaten. Het na te streven doel, de meer efficiënte bestrijding van het witwassen, kan in ieder geval moeilijk opwegen tegen de algemene beginselen dat iedere burger recht heeft op een eerlijk proces en in dat kader recht heeft op rechtsbijstand, die hij moet kunnen krijgen van

een advocaat waarmee hij in vertrouwen moet kunnen spreken.

Het is inderdaad zo dat met betrekking tot de meldplicht het dilemma eigenlijk is ofwel een effectieve meldplicht instellen en een ernstige aantasting van het beroepsgeheim onvermijdelijk maken, ofwel de meldplicht dermate beperkend interpreteren dat ze eigenlijk alleen nog van toepassing is op advocaten die bewust deelnemen aan witwaspraktijken. Het is eigenlijk deze laatste optie waarvoor het Belgisch Grondwettelijk Hof terecht gekozen heeft.

Maar de vraag is dan natuurlijk hoe een dergelijke meldplicht bijdraagt tot de efficiëntie van het bestrijden van de witwaspraktijken aangezien een advocaat die zelf boter op het hoofd heeft waarschijnlijk geen grote haast zal maken om zijn wandaden te gaan melden bij welke instantie dan ook.

Met ander woorden is de witwasrichtlijn ofwel een slag in het water, ofwel een ernstig gevaar voor de fundamentele rechten en historisch gegroeide evenwichten die belangrijk zijn voor de goede rechtsbedeling en voor de goede functionering van het rechtssysteem. Voor die keuze gesteld en om elke moeilijkheid te vermijden ware de Europese wetgever verstandiger geweest om klaar en duidelijk te bevestigen dat er nu eenmaal dingen zijn die moeten wijken voor de waarheidsvinding.

En dat is uiteraard des te meer waar aangezien de wetgever op die manier géén vrijhavens creëert voor witwassers, nu advocaten strafrechtelijk en disciplinair kunnen vervolgd worden voor eventuele witwasactiviteiten.

De discussie is hoogstwaarschijnlijk niet afgelopen aangezien de druk op de rechten van de verdediging en het recht op privacy zelfs toeneemt in het kader van de "War on Crime", waarin alles moet wijken voor de waarheidsvinding.

Het Belgisch Grondwettelijk Hof heeft hierin een welgekomen grensmaal geplaatst.

Jan Fermon\*