

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 14 december 2006¹

1. Is het met het gemeenschapsrecht en de daarin beschermde fundamentele beginselen verenigbaar dat, zoals voorzien in 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 (PB L 344, blz. 76), advocaten verplicht zijn de bevoegde autoriteiten op de hoogte te stellen van elk feit waarvan zij kennis dragen dat zou kunnen wijzen op het witwassen van geld? De in deze zaak gestelde vraag noopt het Hof tot een bespreking van een van de fundamentele waarden van de rechtsstaten die tezamen de Europese Unie vormen, namelijk het beroepsgeheim van de advocaat.² Ofschoon dit rechtsgoed onbetwistbaar lijkt, blijft de juridische regeling die het beschermt, nochtans onduidelijk en contro-versieel. Op welke grondslag moet deze bescherming worden verleend? Mag ervan worden afgeweken en zo ja, onder welke voorwaarden? Volgens welk criterium moet in de praktijk worden vastgesteld wat onder het geheim valt en wat niet?

2. Dit Hof zal niet het eerste zijn dat zich dergelijke vragen stelt. Enkele nationale rechterlijke instanties in en buiten de Unie hebben zich al over soortgelijke problemen moeten buigen.³ Bovendien zal het Hof nuttig gebruik kunnen maken van sommige precedentes. In zijn rechtspraak heeft het al het beginsel van de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen de advocaat en zijn cliënt⁴ geformuleerd en de specificiteit van het beroep van advocaat en de daarvoor geldende voorschriften erkend.⁵

I — Context van de zaak

3. Teneinde beter te begrijpen wat in deze zaak op het spel staat, acht ik het zinvol eerst

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Aan de bescherming van het beroepsgeheim wordt uitdrukkelijk herinnerd in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin „het recht van eenieder om toegang te krijgen tot het dossier hem betreffende, met inachtneming van het gerechtvaardigde belang van de vertrouwelijkheid en het beroeps- en het zakengeheim” is verankerd.

3 — Ik verwijs bijvoorbeeld naar de beslissing van de Supreme Court of British Columbia (Canada) van 20 november 2001. Het moest zich uitspreken over de vraag of juridische adviseurs moesten worden vrijgesteld van de verplichting om bepaalde verdachte financiële transacties te melden aan de Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, en was van oordeel dat het aanbeveling verdiende rekening te houden met de bepalingen van richtlijn 2001/97, die toen op het punt stond te worden aangenomen.

4 — Arrest van 18 mei 1982, AM & S (155/79, Jurispr. blz. 1575). Zie voor dit onderwerp de studie van Vesterdorf, B., „Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues”, in *Fordham International Law Journal*, 2005, blz. 1179.

5 — Arrest van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577).

de ontstaansgeschiedenis van de litigieuze bepaling en de omstandigheden waarin zij is aangevochten, gedetailleerd te beschrijven.

A — *Communautair kader*

4. Naar verluidt is de term „witwassen” ontstaan in het kader van een praktijk die zich in de Verenigde Staten van Amerika heeft ontwikkeld en die erin bestond dat de georganiseerde criminaliteit wasserettes en autowasplaatsen aanschafte met het doel de ontvangsten die zij met name gedurende de drooglegging uit de smokkel van alcohol verkreeg, te vermengen met legaal verkregen winsten. Hoewel deze oorsprong niet vaststaat, is de betekenis van de uitdrukking op zich duidelijk. Witwassen van geld duidt op een reeks van handelingen met het doel de schijn te wekken dat inkomsten van criminele oorsprong legaal zijn.

5. Als verschijnsel dat inhaakt op en zelfs voordeel haalt uit de liberalisering van de wereldhandel, vereist witwassen een bestrijding die gelijke tred houdt met zijn expansie, in de vorm van internationale samenwerking.⁶ De Raad van Europa heeft in 1980 een aanbeveling aangenomen die betrekking heeft op maatregelen tegen de overdracht

en het veiligstellen van misdadaagd.⁷ Ofschoon zij slechts een aansporing behelsde, had zij de verdienste dat zij het begin vormde van een internationale campagne tegen witwassen. Op 19 december 1988 werd in Wenen het Verdrag van de Verenigde Naties tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen aangenomen.⁸ In dit verdrag werd het witwassen van geld als strafbaar feit gekwalificeerd waarvoor sancties werden vastgesteld. In 1990 heeft de Raad van Europa een verdrag betreffende witwassen, opsporing, inbeslagneming en confiscatie van vruchten van criminele activiteiten vastgesteld.⁹ Dit verdrag intensiverde de samenwerking op regionaal niveau en leidde ertoe dat de definitie van het begrip witwassen werd uitgebreid en dat de ondertekenende staten verplicht werden strafmaatregelen te nemen. Tegelijkertijd werd de Financial Action Task Force on money laundering (Financiële Actiegroep Witwassen van geld, hierna: „FATF”) ingesteld, een internationale organisatie die op initiatief van de G7 te Parijs in 1989 werd opgericht met het oog op het uitwerken en bevorderen van strategieën om deze gesel te bestrijden. Vanaf 1990 heeft de FATF een serie van veertig aanbevelingen gepubliceerd, bestemd om als grondslag te dienen voor een gecoördineerde bestrijding op internationaal niveau.¹⁰

6. Temidden van dit relatief reeds brede scala aan regelgeving ging de Europese

6 — Zie in deze zin de vijfde overweging van de considerans van richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (PB L 309, blz. 15).

7 — Raad van Europa, Aanbeveling nr. R (80) 10 van 27 juni 1980 betreffende maatregelen tegen de overdracht en het veiligstellen van misdadaagd.

8 — Verdrag van de Verenigde Naties tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen, aangenomen door de Conferentie ter gelegenheid van haar 6e plenaire zitting op 19 december 1988.

9 — Raad van Europa, Verdrag betreffende witwassen, opsporing, inbeslagneming en confiscatie van vruchten van criminele activiteiten, vastgesteld te Straatsburg op 8 november 1990.

10 — FATE, *The 40 Recommendations*, 1990, herzien in 1996 en in 2003.

Gemeenschap tot handelen over. Voor haar betekende dit niet alleen het deelnemen aan deze internationale campagne, maar eveneens het beschermen van de integriteit van de interne Europese markt.¹¹ Zo werd 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, blz. 77) aangenomen, waarin de communautaire wetgever het beginsel van het verbod van witwassen van geld in de Gemeenschap vastlegt en van de lidstaten verlangt dat zij ten behoeve van kredietinstellingen en financiële instellingen een stelsel van verplichte identificatie, informatie en voorkoming van verdachte transacties invoert.

7. De bepaling die in deze zaak aan de orde is, vloeit voort uit een wijziging van richtlijn 91/308. Richtlijn 2001/97 berust namelijk op de wens van de communautaire wetgever om richtlijn 91/308 te actualiseren overeenkomstig de conclusies van de Commissie en de wensen van het Europees Parlement en de lidstaten alsmede om, gelet op de in de loop van de eerste jaren van haar toepassing opgedane ervaringen, het bereik daarvan uit te breiden tot nieuwe gebieden en nieuwe activiteiten. Dit heeft met name geresulteerd in de verruiming van de verplichting om de bevoegde autoriteiten op de hoogte te stellen

van eventuele vermoedens op het gebied van witwassen van geld als bedoeld in artikel 6 van richtlijn 91/308 tot „notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen” bij de uitoefening van sommige van hun activiteiten.

8. Deze verruiming, waar het in deze zaak in wezen om gaat, was het resultaat van langdurig beraad binnen de verschillende fora. In 1996 herzag de FATF haar aanbevelingen en verzocht zij de nationale autoriteiten de werkingssfeer van de maatregelen ter bestrijding van witwassen uit te breiden tot door niet-financiële beroepen verrichte financiële transacties. In 2001 herhaalde de FATF dat zij, gelet op „het toegenomen beroep van criminelen op deskundigen en andere tussenpersonen om adviezen of andere vormen van assistentie te verlenen voor het witwassen van uit criminele activiteiten verkregen gelden”, van mening was dat „de werkingssfeer van de veertig aanbevelingen aldus moet worden uitgebreid dat zeven categorieën van niet-financiële activiteiten en beroepen daaronder vallen”, waaronder „advocaten en notarissen”.¹²

9. Aan een dergelijke aanbeveling kon in de Gemeenschap niet worden voorbijgegaan. Richtlijn 91/308 bepaalde zelf in artikel 12: „[d]e lidstaten zien erop toe dat de bepalingen van deze richtlijn, geheel of ten dele, ook zullen gelden voor andere beroepen en categorieën van ondernemingen dan de in artikel 1 bedoelde kredietinstellingen en financiële instellingen die werkzaamheden

11 — Zie conclusie van advocaat-generaal Saggio in de zaak Commissie/Oostenrijk, die heeft geleid tot de beschikking van de president van het Hof van 29 september 2000 (C-290/98, Jurispr. blz. I-7835, punt 3).

12 — FATE, *Jaarverslag 2000-2001*, 22 juni 2001, blz. 16, 17 en 18.

verrichten welke in het bijzonder geschikt zijn om voor het witwassen van geld te worden gebruikt". Bovendien werd op grond van artikel 13 van deze richtlijn een Contactcomité naast de Commissie ingesteld, dat inzonderheid tot taak had „na te gaan of opneming van een beroep of een categorie van ondernemingen in het toepassingsgebied van artikel 12 wenselijk is, wanneer geconstateerd is dat het beroep of de categorie van ondernemingen in een lidstaat is gebruikt voor het witwassen van geld”.

exploitanten, wisselkantoorhouders, geldtransporteurs, notarissen, accountants, advocaten, belastingadviseurs en financiële controleurs, teneinde

- de in de richtlijn vervatte regels geheel of gedeeltelijk op hen toe te passen of, indien nodig,

- andere regels op hen toe te passen, rekening houdend met de bijzondere omstandigheden van deze beroepen en vooral met volledige eerbiediging van hun specifieke zwijgplicht [...]”.¹⁴

10. Na ontvangst van de eerste verslagen van de Commissie inzake de toepassing van de richtlijn, hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie zich uitgesproken voor de verruiming van de in artikel 6 van de richtlijn genoemde verplichting om inlichtingen te verstrekken tot andere personen en beroepen dan financiële instellingen.¹³ In zijn resolutie van maart 1999 over het tweede verslag van de Commissie verzocht het Parlement de Commissie uitdrukkelijk een wetgevend voorstel tot wijziging van de richtlijn in te dienen, strekkend tot „opname in het toepassingsgebied van de richtlijn van de beroepen waarvan de beoefenaars gevaar lopen betrokken te worden bij witwassen of misbruikt te worden door witwassers, zoals makelaars, kunsthandelaren, veilingmeesters, casino-

11. Op grond hiervan heeft de Commissie in juli 1999¹⁵ haar voorstel tot wijziging van de richtlijn aangeboden. Daarin wordt verlangd dat de lidstaten erop toezien dat de in de richtlijn vastgestelde verplichtingen worden opgelegd aan „notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen die hun cliënten bijstaan of vertegenwoordigen” bij een bepaald aantal financiële en commerciële activiteiten. Het voorstel voorziet echter eveneens in een afwijking van beperkte strekking: de lidstaten zouden er niet toe gehouden zijn de in de richtlijn voorziene meldplicht op te leggen aan de beoefenaars van juridische beroepen „wan-

13 — Zie met name het actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit (door de Raad aangenomen op 28 april 1997) (PB C 251, blz. 1, punt 26, sub e).

14 — Resolutie over het tweede verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over de toepassing van de Witwasrichtlijn (PB 1999, C 175, blz. 39-42).

15 — Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad houdende wijziging van richtlijn 91/308/EEG [COM (1999) 352 def. van 14 juli 1999].

neer de inlichtingen die deze beoefenaars van een cliënt ontvangen, dienen om hem in rechte te kunnen vertegenwoordigen”. Daar-entegen zou deze ontheffing „niet [gelden] voor gevallen waarin er redenen zijn om aan te nemen dat om advies wordt verzocht met de bedoeling het witwassen van geld gemakkelijker te laten verlopen”.

12. Over dit voorstel is intensief gedebatteerd. De inhoud van dit debat wordt weerspiegeld door de uiteindelijk vastgestelde tekst. In zijn advies betreffende het voorstel van de Commissie sloot het Parlement absoluut uit dat onafhankelijke advocaten of advocatenkantoren of beoefenaars van een gereguleerd juridisch beroep die niet alleen hun cliënten in rechte vertegenwoordigen doch eveneens juridische adviezen verstrekken, aan deze meldplicht zouden kunnen worden onderworpen.¹⁶ Dit advies nam derhalve in twee opzichten afstand van het voorstel: enerzijds door de aan de lidstaten geboden derogatiemogelijkheid te wijzigen in een derogatieverplichting, en anderzijds door de werkingssfeer van de derogatie uit te breiden van de vertegenwoordiging in rechte tot de verstrekking van juridische adviezen.

13. Het door de Raad in november 2000 vastgestelde gemeenschappelijk standpunt bevatte een tussenoplossing.¹⁷ Voorgesteld werd de litigieuze bepaling voortaan als volgt te doen luiden:

„De lidstaten zijn er niet toe gehouden de in lid 1 vervatte verplichtingen toe te passen op notarissen, onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs 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.”¹⁸

14. Ofschoon de derogatie slechts een bevoegdheid van de lidstaten blijft, is haar werkingssfeer aldus aanzienlijk uitgebreid. Volgens de Commissie zou dit niet alleen stroken met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens

16 — Advies van het Europees Parlement van 5 juli 2000 (PB 2001, C 121, blz. 133).

17 — Gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 5/2001, op 30 november 2000 vastgesteld door de Raad met het oog op de aanneming van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 91/308 (PB 2001, C 36, blz. 24).

18 — *Ibidem*, blz. 28.

en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) maar eveneens met de geest van de door het Parlement voorgestelde amendementen.¹⁹ Dit was echter niet de zienswijze van het Parlement. In zijn resolutie betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad nam het weliswaar de formulering van het gemeenschappelijk standpunt inzake de werkingssfeer van de derogatie over, maar herhaalde het zijn wens om de aan de lidstaten toegekende derogatiemogelijkheid te wijzigen in een dwingende bepaling.²⁰

15. Het standpunt van de Commissie dien­ aangaande was niet eenduidig.²¹ Enerzijds erkent zij „[a]angezien de verenigbaarheid met het [EVRM] moet worden gegaran­ deerd”, „enige sympathie [te hebben] voor de wens van het Parlement om de melding van vermoedens van witwassen van geld op grond van informatie die door advocaten en notarissen is verkregen bij de vertegenwoor­ diging in rechte van hun cliënten of de bepaling van de rechtspositie van hun cliënten, niet verplichtend te maken”. Maar

anderzijds aanvaardt zij niet „dat dezelfde overwegingen in het algemeen zouden wor­ den toegepast op de niet-juridische beroe­ pen”. Op grond hiervan werd het door het Parlement voorgestelde amendement ver­ worpen.

16. Aangezien de Raad besloot de Commis­ sie op dit punt te volgen, werd een bemidde­ lingscomité geïnstalleerd. In de loop van deze bemiddelingspogingen bleek evenwel volgens het Parlement dat „[d]e gebeurte­ nissen van 11 september 2001 in de VS [...] het standpunt inzake het onderwerp drama­ tisch [hebben] gewijzigd omdat vanaf die dag de richtlijn betreffende het witwassen van geld in brede kring werd gezien als een onderdeel van de bestrijding van het terro­ risme”.²² In deze nieuwe context werd een compromis bereikt waardoor de tekst met grote meerderheid in derde lezing op 13 november 2001 door het Parlement en op 19 november 2001 door de Raad kon worden goedgekeurd.

17. Het compromis ziet er als volgt uit. De nieuwe artikelen 2 bis en 6 van richtlijn 91/308, zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/97 (hierna: „richtlijn”), blijven ongewijzigd.

19 — Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement overeenkomstig artikel 251, lid 2, tweede alinea, van het EG-Verdrag over het gemeenschappelijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 91/308/EEG van 12 januari 2001 (SEC(2001) 12).

20 — Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 5 april 2001 betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad [C 21 E (2002), blz. 305, amendement nr. 22].

21 — Advies van de Commissie overeenkomstig artikel 251, lid 2, sub c, van het EG-Verdrag over de amendementen van het Europees Parlement op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad inzake het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad houdende wijziging van richtlijn 91/308/EEG [COM(2001) 330 def.].

22 — Verslag van het Europees Parlement over de door het bemiddelingscomité goedgekeurde gemeenschappelijke ontwerp­ tekst van de richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van richtlijn 91/308 van 5 november 2001 [PE-CONS 3654/2001 — C5-0496/2001 — 1999/0152 (COD)].

18. Aldus bepaalt artikel 2 bis:

iii) de opening of het beheer van bank-, spaar- of effectenrekeningen;

„De lidstaten zien er op toe dat de in deze richtlijn vastgestelde verplichtingen worden opgelegd aan de volgende instellingen:

iv) het organiseren van inbreng die nodig is voor de oprichting, de exploitatie of het beheer van vennootschappen;

[...]

v) de oprichting, exploitatie of beheer van trusts, vennootschappen of soortgelijke structuren;

5) notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen wanneer zij deelnemen:

b) hetzij door op te treden in naam en voor rekening van hun cliënt in enigerlei financiële of onroerend-goedtransactie.

a) hetzij door het bijstaan bij het voorbereiden of uitvoeren van transacties voor hun cliënt in verband met:

[...]”

i) de aan- en verkoop van onroerend goed of bedrijven;

19. Artikel 6 bepaalt het volgende:

ii) het beheren van diens geld, waardepapieren of andere activa;

„1. De lidstaten zien erop toe dat de onder deze richtlijn vallende instellingen en personen alsmede de leiding en de werknemers daarvan ten volle samenwerken met de voor

de bestrijding van het witwassen van geld verantwoordelijke autoriteiten:

a) door die autoriteiten uit eigen beweging ieder feit te melden dat zou kunnen wijzen op witwassen van geld;

b) door die autoriteiten op hun verzoek alle vereiste inlichtingen te verstrekken overeenkomstig de volgens het geldende recht vastgestelde procedures.

2. De in lid 1 bedoelde inlichtingen worden verstrekt aan de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de bestrijding van het witwassen van geld in de lidstaat op het grondgebied waarvan de instelling of persoon die de inlichtingen heeft verstrekt, zich bevindt. De inlichtingen worden normaliter verstrekt door de persoon of personen die overeenkomstig de procedures van artikel 11, lid 1, sub a, is of zijn aangewezen door de onder deze richtlijn vallende instellingen en personen.

3. In het geval van de in artikel 2 bis, punt 5, bedoelde notarissen en onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen kunnen de lidstaten een passende zelfregulerende instantie van het desbetreffende beroep

aanwijzen als de autoriteit die op de hoogte moet worden gesteld van de in lid 1, sub a, van dit artikel bedoelde feiten en stellen zij de passende vormen van samenwerking tussen deze instantie en de voor de bestrijding van het witwassen van geld verantwoordelijke autoriteiten vast.

De lidstaten zijn er niet toe gehouden de in lid 1 vervatte verplichtingen toe te passen op notarissen, onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs 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.”

20. Daarentegen heeft de bemiddeling ertoe geleid dat bepaalde wijzigingen werden aangebracht in de formulering van de overwegingen van de considerans van de richtlijn betreffende de op juridische beroepen van toepassing zijnde regeling. De zestiende overweging van de considerans zet het beginsel uiteen dat „[d]e werkingssfeer van de bepalingen van de richtlijn moet worden uitgebreid tot notarissen en onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, als gedefinieerd door de lidstaten, wanneer zij deelnemen aan financiële of ondernemingsgerichte transacties, met inbegrip van het

verstrekken van belastingadvies, waarbij er groot gevaar bestaat dat de diensten van deze beroepsbeoefenaars worden misbruikt om de opbrengsten van criminele activiteiten wit te wassen". De volgende overweging preciseert echter: „[w]anneer 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 procedure, 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.”

21. Ten slotte wijs ik erop dat richtlijn 91/308 onlangs bij richtlijn 2005/60 is ingetrokken. De inhoud van die richtlijn neemt de bepalingen die in deze zaak aan de orde zijn ongewijzigd over.²³

23 — Artikelen 2 en 23, lid 2.

B — Nationaal kader

22. Aan deze zaak liggen ten grondslag twee gelijktijdig ingestelde beroepen bij het Arbitragehof (België), het ene van de Orde van Franstalige en Duitstalige balies (hierna: „OBFG”) en de Franse Orde van advocaten bij de balie te Brussel, het andere van de Orde van Vlaamse balies en de Nederlandse Orde van advocaten bij de balie te Brussel. Deze beroepen strekken tot vernietiging van enkele bepalingen van de 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, van de wet van 22 maart 1993 op het statuut van en het toezicht op de kredietinstellingen en van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en beleggingsadviseurs. In deze beroepen hebben de Raad van de balies van de Europese Unie (hierna: „CCBE”), de Orde van advocaten van de balie te Luik en de Ministerraad geïntervenieerd.

23. Ik wijs erop dat de wet van 12 januari 2004 tot doel heeft richtlijn 2001/97 tot wijziging van richtlijn 91/308 in de Belgische rechtsorde om te zetten. Zo bevat zij een nieuw artikel 2 ter waarvan de bewoordingen gelijk zijn aan die van artikel 2 bis, punt 5, van de richtlijn. Bovendien voegt deze wet, gebruik makend van de bij artikel 6, lid 3, tweede alinea, van de richtlijn geboden mogelijkheid, in de Belgische wetgeving een nieuw artikel 14 bis, lid 3, in, dat bepaalt: „[d]e in artikel 2 ter bedoelde personen delen die informatie echter niet mee in het geval zij deze van één van hun cliënten ontvangen of

over één van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen, dan wel die cliënt 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”.

24. Blijkens de verwijzingsbeschikking is het voornaamste bezwaar van verzoekers dat deze wet de in de wet van 11 januari 1993 genoemde verplichtingen uitbreidt tot advocaten. Volgens verzoekers maakt deze verruiming inbreuk op het beginsel van het beroepsgeheim en de onafhankelijkheid van advocaten, die onder de bescherming vallen van de in de Grondwet en het EVRM erkende rechten. In zijn arrest stelt het Arbitragehof vast dat, ofschoon het beroepsgeheim een „fundamenteel element van de rechten van de verdediging” is, dit moet wijken „wanneer dit noodzakelijk blijkt of wanneer een hoger geachte waarde ermee in conflict treedt”, op voorwaarde echter dat de opheffing van het beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden en strikt evenredig is.

25. Er moet echter rekening worden gehouden met het feit dat de litigieuze bepalingen het resultaat zijn van een door de omzetting van richtlijn 2001/97 voorgeschreven verruiming. Bijgevolg hangt het debat over de grondwettelijkheid van de Belgische wet af van een vraag naar de geldigheid van de

communautaire richtlijn. Deze vraag, die krachtens artikel 234, derde alinea, EG, aan het Hof wordt gesteld, is de volgende:

„Schenkt artikel 1, punt 2, van 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, het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd bij artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en bijgevolg artikel 6, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, in zoverre het nieuwe artikel 2 bis, sub 5 dat daarbij is ingelast in richtlijn 91/308/EEG, voorziet in de opname van onafhankelijke beoefenaren van juridische beroepen, zonder het beroep van advocaat uit te sluiten, in de werkingssfeer van diezelfde richtlijn, die in wezen tot doel heeft dat aan de daarin bedoelde personen en instellingen de verplichting wordt opgelegd om de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de bestrijding van het witwassen van geld, op de hoogte te brengen van elk feit dat zou kunnen wijzen op witwaspraktijken (artikel 6 van richtlijn 91/308/EEG, zoals vervangen bij artikel 1, punt 5), van richtlijn 2001/97/EG?”

II — Kader van de geldigheidstoetsing

26. Teneinde de geldigheid van de litigieuze bepaling in het licht van het gemeenschapsrecht te kunnen beoordelen, dient in de eerste plaats te worden vastgesteld aan welk

voorschrift deze bepaling precies moet worden getoetst. In zijn verwijzingsbeschikking verwijst het Arbitragehof naar artikel 6 EVRM aangaande het recht op een eerlijk proces en bijgevolg naar artikel 6, lid 2, EU.

ingestelde strafvervolging, heeft eenieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld [...]

[...]

27. Ik herinner eraan dat artikel 6 EU luidt als volgt:

„1. De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.

2. De Unie eerbiedigt de grondrechten zoals die worden gewaarborgd door het [EVRM] en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.”

28. Artikel 6 EVRM bepaalt het volgende:

„1. Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de grondigheid van een tegen hem

3. Eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, heeft in het bijzonder de volgende rechten:

[...]

- c. zich zelf te verdedigen of daarbij de bijstand te hebben van een raadsman naar eigen keuze of, indien hij niet over voldoende middelen beschikt om een raadsman te bekostigen, kosteloos door een toegevoegd advocaat te kunnen worden bijgestaan, indien de belangen van een behoorlijke rechtspleging dit eisen [...]

29. Enkele partijen in het hoofdgeding suggereren echter dat de toetsingscriteria moeten worden uitgebreid. Enerzijds zou de verwijzing naar artikel 6 EVRM te eng zijn en zouden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de litigieuze bepaling met name ook moeten worden betrokken het beginsel van de onafhankelijkheid van de advocaat, het beginsel van het beroepsgeheim, de

loyaliteitsplicht, het beginsel van de rechten van de verdediging (het recht op rechtsbijstand en het recht zich zelf niet te behoeven beschuldigen) en het evenredigheidsbeginsel. Anderzijds betwijfelt de CCBE de relevantie en de geldigheid van de juridische grondslagen van de richtlijn.

30. Volgens die partijen staat de aard van de in artikel 234 EG voorziene geldigheidstoetsing een dergelijke uitbreiding toe. Zij baseren zich daartoe op de rechtspraak van het Hof volgens welke „de bevoegdheid van het Hof om krachtens artikel 177 van het Verdrag [thans artikel 234 EG] uitspraak te doen over de geldigheid van de door de gemeenschapsinstellingen verrichte handelingen, aan generlei beperking onderworpen [is] ten aanzien van de gronden waarop de geldigheid van deze handelingen zou kunnen worden aangevochten”.²⁴

31. Aan deze rechtspraak kan niet worden getornd. Zij heeft echter niet de betekenis die deze partijen daaraan toekennen. Met deze stelling bevestigt het Hof niet dat het hem geheel vrijstaat de inhoud van de door de verwijzende rechter gestelde geldigheidsvraag wezenlijk te wijzigen. Het bedoelt alleen te benadrukken dat zijn toezicht zich in dit kader kan uitstrekken tot alle rechtsgronden die de omvang van de in artikel 230 EG voorziene rechtmatigheidstoetsing afbaken. Als beginsel blijft echter gelden dat

het onderzoek van het Hof naar de geldigheid van een communautaire rechtsbepaling moet plaatsvinden „binnen het raam van de prejudiciële vraag” die aan hem is gesteld.²⁵

32. Het lijkt geen twijfel dat de aldus geformuleerde beperking het Hof enige flexibiliteit laat. Het Hof mag altijd de inhoud van de prejudiciële vraag preciseren in het licht van de door partijen in het hoofdgeding ingediende opmerkingen of zoals deze blijkt uit de motivering van de verwijzingsbeschikking.²⁶ Insgelijks kunnen bepaalde substantiële gebreken ambtshalve, buiten het kader van de gestelde vraag, worden onderzocht.²⁷

33. In casu komt het mij echter niet nuttig voor het Hof te verzoeken van deze flexibiliteit gebruik te maken. Ten aanzien van twee van de geuite grieven is de situatie evident. Wat de betwisting van de rechtsgrondslag van de richtlijn betreft, spreekt het voor zich dat dit buiten het kader en de strekking van de gestelde vraag ligt. Deze vraag heeft uitsluitend betrekking op de verenigbaarheid van enkele bepalingen van de richtlijn met de fundamentele beginselen van de communautaire rechtsorde en niet met de bevoegdheid van de Gemeenschap om die richtlijn vast te stellen. Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, dit maakt deel uit van de verwezenlij-

24 — Zie inzonderheid arrest van 16 juni 1998, Racke (C-162/96, Jurispr. blz. I-3655, punt 26).

25 — Arrest van 28 oktober 1982, Dorca Marine e.a. (50/82–58/82, Jurispr. blz. 3949, punt 13).

26 — Arresten van 10 januari 1973, Getreide Import (41/72, Jurispr. blz. I, punt 2), en 25 oktober 1978, Royal Scholten-Honig (103/77 en 145/77, Jurispr. blz. 2037, punten 16 en 17).

27 — Arrest van 18 februari 1964, Internationale Crediet- en Handelsvereniging (73/63 en 74/63, Jurispr. blz. 3, punt 28).

king en de controle van de door de communautaire rechtsorde erkende fundamentele rechten. Uit dien hoofde moet hiermee hoe dan ook rekening worden gehouden bij de toepassing van die rechten. Bijgevolg behoeft het kader van de door de verwijzende rechter verzochte controle daartoe niet te worden uitgebreid.

34. Dit ligt anders bij de overige door de deelnemers aan de procedure aangevoerde beginselen. Ofschoon deze beginselen in het kader van de gestelde vraag niet irrelevant zijn, lijkt het om redenen van proceseconomie niet noodzakelijk ze apart te onderzoeken. Zij kunnen immers gemakkelijk worden samengebracht onder de noemer van het beroepsgeheim van advocaten. Dit beroepsgeheim wordt het meest rechtstreeks bedreigd door de in de litigieuze richtlijn voorziene verplichting om inlichtingen te verstrekken. Het is ongetwijfeld de verenigbaarheid van deze meldplicht met de vereisten van het beroepsgeheim van de advocaat die aanleiding heeft gegeven tot de vraag van de verwijzende rechter.

35. Ik ben daarom van mening dat eerst dient te worden nagegaan, of deze vereisten de status hebben van een door de communautaire rechtsorde beschermd algemeen beginsel of fundamenteel recht. Indien dit het geval is, kan ervan worden uitgegaan dat artikel 6, lid 2, EU voldoende mogelijkheden biedt om aan alle door partijen in het hoofdgeding ter sprake gebrachte problemen het hoofd te bieden.

III — De grondslagen voor de bescherming van het beroepsgeheim van advocaten

36. Volgens sommige deelnemers aan de procedure is het niet zinvol om een exacte rechtsbron van het beroepsgeheim van advocaten vast te stellen. Dit geheim heeft de status van een „axioma”.²⁸ Het is mogelijk om sporen ervan „in alle democratieën” en in alle tijdperken terug te vinden: genoemd in de Bijbel, komt het wederom voor in de geschriften van de klassieke oudheid en van eeuw tot eeuw. Vanuit dit gezichtspunt is de reden waarom het beroepsgeheim van de advocaat in de communautaire rechtsorde dient te worden erkend, eenvoudigweg dat het zijn wortels heeft in de fundamentele zelf van de Europese samenleving.

37. Voorts stellen zij voor, zich te verlaten op de regels die door alle ordes van advocaten in alle lidstaten zijn aanvaard. Het beroepsgeheim is inherent aan het beroep van advocaat zelf. Het wordt vermeld in alle gedragscodes, naar het voorbeeld van de door de CCBE vastgestelde gedragscode voor Europese advocaten²⁹ die in artikel 2.3, betreffende het beroepsgeheim, bepaalt: „Het ligt in het wezen van de taak van de advocaat, dat hem van de zijde van zijn cliënt geheimen worden toevertrouwd en dat hem vertrouwelijke mededelingen worden gedaan. Zonder de waarborg van het beroepsgeheim kan er geen vertrouwen

28 — Schriftelijke opmerkingen van de Orde van Franstalige en Duitstalige balies en de Franse Orde van advocaten bij de balie te Brussel, blz. 22.

29 — Deze code is op 28 oktober 1988 aangenomen en laatstelijk gewijzigd op 19 mei 2006.

bestaan. Het beroepsgeheim wordt derhalve erkend als essentieel en fundamenteel recht en plicht van de advocaat.” Vanuit dit gezichtspunt is de regel van het beroepsgeheim ontworpen als een bij de ethiek van een beroep behorende geheimhoudingsplicht.

38. Om het vereiste van communautaire bescherming te erkennen, kan de rechtspraak van het Hof geen genoegen nemen met een sociaal axioma of een beroepsvoorschrift. Bestaan en moeten bestaan zijn twee geheel verschillende dingen. Ongetwijfeld kan het Hof niet voorbijgaan aan het bestaan van een dermate elementair beginsel dat het alom schijnt te zijn erkend. Uit de omstandigheid dat een regel in bepaalde sociale of particuliere stelsels een hogere waarde schijnt te hebben, volgt echter nog niet dat die regel tot een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht moet worden verheven. Nodig is bovendien dat wordt nagegaan of er in dat stelsel een autonome bron bestaat die de bescherming ervan verzekert.

39. Men kan zich daarom afvragen of er op dit gebied een constitutionele traditie bestaat die alle lidstaten gemeen hebben. Zoals het Hof in zijn reeds aangehaalde arrest AM & S heeft uiteengezet, moet „[h]et gemeenschapsrecht, dat voortkomt uit een niet slechts economische maar ook juridische vervlechting van de lidstaten, [...] rekening houden met de beginselen en begrippen die de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben”.³⁰ Een vergelijkende studie van het

recht van de lidstaten van de Unie toont duidelijk aan, dat het beroepsgeheim van advocaten in het merendeel van deze staten bestaat en de rang van een fundamenteel beginsel en de status van een voorschrift van openbare orde heeft.³¹ Uit diezelfde studie blijkt evenwel dat de omvang en de wijze van bescherming van het beroepsgeheim nogal varieert van rechtsstelsel tot rechtsstelsel. Bijgevolg moet weliswaar rekening worden gehouden met de verschillende nationale regelingen en rechterlijke uitspraken bij de uitlegging van het begrip beroepsgeheim van de advocaat, doch verdient het, gelet op de verschillen en variaties die in het kader van de toepassing van dit beginsel in de rechtsstelsels van de lidstaten bestaan, de voorkeur om aansluiting te zoeken bij een andere bron van bescherming.

40. Volgens vaste rechtspraak hebben de in het EVRM verankerde fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde „een bijzondere betekenis” en maken zij integrerend deel uit van de algemene rechtsbeginselen welke eerbiediging het Hof verzekert.³² Hieruit volgt niet noodzakelijkerwijs dat de omvang van de bescherming van de fundamentele rechten in de communautaire rechtsorde samenvalt met die welke door het EVRM wordt verzekerd. Daar staat tegenover dat maatregelen die onverenigbaar zijn met de eerbiediging van de in het EVRM erkende rechten van de mens, in de Gemeenschap niet toelaatbaar zijn.³³

31 — Zie in deze zin punt 182 van de conclusie van advocaat-generaal Léger in de reeds aangehaalde zaak Wouters e.a.

32 — Zie inzonderheid arrest van 12 juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Jurispr. blz. I-5659, punt 71).

33 — Arrest Schmidberger, reeds aangehaald, punt 73.

30 — Punt 18 van arrest AM & S, reeds aangehaald.

41. Ofschoon het EVRM niet uitdrukkelijk naar het beroepsgeheim van de advocaat verwijst, bevat het niettemin bepalingen op grond waarvan de bescherming ervan kan worden verzekerd. De rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens biedt in dit opzicht twee verschillende mogelijkheden. Enerzijds maakt, zoals de verwijzende rechter uiteenzet, het beroepsgeheim van de advocaat door het kader waarin het kan worden ingeroepen, deel uit van het recht op een eerlijk proces. In het arrest *Niemitz versus Duitsland* heeft het Europees Hof geoordeeld dat, in het geval van een advocaat, een inbreuk op het beroepsgeheim „repercussies kan hebben op de goede rechtsbedeling en bijgevolg op de bij artikel 6 verzekerde rechten”.³⁴ Geheimhouding is een voorwaarde voor het vertrouwen dat vertrouwelijke mededelingen bevordert en tot het aan de dag treden van waarheid en gerechtigheid leidt. Maar anderzijds vormt het, omdat het beoogt te beschermen, een essentieel bestanddeel van het recht op eerbiediging van het privéleven.³⁵ In zijn arrest *Foxley versus Verenigd Koninkrijk* heeft het Europees Hof in dit verband uit hoofde van artikel 8 EVRM het belang onderstreept van het vertrouwelijkheidsbeginsel en het beroepsgeheim die inherent zijn aan de relatie tussen de advocaat en zijn cliënt.³⁶ Geheimhouding beschermt de burger tegen indiscrete onthullingen die afbreuk zouden kunnen doen aan zijn integriteit en reputatie.

42. Het Hof kan aan deze rechtspraak niet voorbijgaan. Het heeft reeds onderstreept,

dat het bij zijn uitlegging van de grondrechten verplicht is rekening te houden met de uitspraken van het Europees Hof voor de rechten van de mens.³⁷ Bijgevolg kunnen de rechten op een eerlijk proces en op eerbiediging van het privéleven gezien worden als een dubbele grondslag voor de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat in de communautaire rechtsorde.

43. Theoretisch is het niet zonder belang, voor welke van deze grondslagen wordt gekozen. Al naar gelang men voor de bescherming van het beroepsgeheim aanknoopt bij het ene dan wel het andere recht, biedt dit de mogelijkheid om de omvang van deze bescherming te doen variëren. Wanneer men het beroepsgeheim baseert op het recht op een eerlijk proces, komt dit er impliciet op neer dat de toepassing ervan tot het contentieuze, gerechtelijke en quasi-gerechtelijke kader wordt beperkt. Dit was de keuze van het Hof in de zaak *AM & S*, voornoemd. Deze keuze had tot gevolg dat de vertrouwelijkheid van de briefwisseling in de omstandigheden van dat geval uitsluitend moest worden beschermd „in het kader en ten behoeve van de verdediging van de cliënt”.³⁸ Wordt daarentegen geopteerd voor het recht op eerbiediging van het privéleven, dan impliceert dit a priori dat de bescherming wordt uitgebreid tot alle vertrouwelijke mededelingen van de cliënt aan de beroepsbeoefenaar, ongeacht het kader waarin hun relatie is ingebed.

44. In dit stadium van het onderzoek lijkt mij een dergelijke keuze echter niet relevant.

34 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens, *Niemitz v. Duitsland* van 16 december 1992, punt 37.

35 — Zie, naar analogie, op het gebied van het medisch geheim, arrest van 8 april 1992, *Commissie/Duitsland* (C-62/90, Jurispr. blz. I-2575, punt 23).

36 — Arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens, *Foxley v. Verenigd Koninkrijk* van 29 september 2000, punt 44; zie eveneens arrest *Kopp v. Zwitserland* van 25 maart 1998.

37 — Arrest van 29 juni 2006, *Commissie/SGL Carbon* (C-301/04 P, Jurispr. blz. I-5915, punt 43).

38 — Punt 21 van het arrest *AM & S*, reeds aangehaald.

Integendeel, handhaving van de dubbele grondslag biedt als voordeel dat aan alle door de deelnemers aan de procedure geuite bezwaren tegemoet wordt gekomen. De bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat is een beginsel dat twee kanten heeft, de ene, van procedurele aard, ontleend aan het fundamentele recht op een eerlijk proces, de andere, van substantiële aard, gebaseerd op het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven. Bij zijn procedurele basis kunnen gemakkelijk de rechten van de verdediging, het recht op juridische bijstand en het recht zichzelf niet te beschuldigen worden aangeknoopt.³⁹ Met zijn materiële basis strookt het vereiste „dat elke justitiabele de mogelijkheid moet hebben, in alle vrijheid een advocaat te raadplegen, wiens beroep het is, *onafhankelijk* juridisch advies te geven aan eenieder die het behoeft”⁴⁰ alsmede het daarmee verband houdende vereiste van de loyaliteitsplicht van de advocaat jegens zijn cliënt. Het geheimhoudingsbeginsel vindt zijn oorsprong in de specifieke aard van het beroep van advocaat.

45. Voor zover de beginselen van de onafhankelijkheid van de advocaat, de rechten van de verdediging of het recht op zwijgen worden ondermijnd door de in de litigieuze bepaling van gemeenschapsrecht voorziene meldplicht, komt dit in de eerste plaats doordat zij onder het beginsel van het beroepsgeheim van de advocaat vallen. In deze zaak gaat het derhalve om de vraag of de door de litigieuze richtlijn aan advocaten in de Europese Unie opgelegde meldplicht

afbreuk doet aan dit beginsel, dat als zodanig door de fundamentele beginselen van de communautaire rechtsorde wordt beschermd.

46. Mocht naar aanleiding van deze analyse het bestaan van een beginsel van bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat in het gemeenschapsrecht dienen te worden erkend, dan betekent dit echter nog niet dat sprake is van een absoluut prerogatief dat als zodanig verbonden is met het beroep van advocaat.

IV — De grenzen van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat

47. Aangaande het recht op bescherming van het vertrouwelijke karakter van de mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt, heeft advocaat-generaal Warner er al in het kader van de zaak AM & S op gewezen dat „het een recht [is] dat de wettelijke regelingen van beschaafde landen in het algemeen erkennen en dat niet lichtvaardig mag worden miskend, doch dat niet zo diep verankerd is, dat de Raad het op gemeenschapsniveau nooit zou kunnen opheffen of beperken”.⁴¹ Ditzelfde geldt ongetwijfeld ook voor de bescherming van het beroepsgeheim, zoals overigens wordt bevestigd door een onderzoek van de relevante wetgeving in alle lidstaten van de Gemeenschap. Het kan niet worden uitgesloten dat het beroepsgeheim in bepaalde concrete omstandigheden moet wijken voor dwin-

39 — Zie artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin de rechtspraak van het Hof inzake de rechten betreffende de toegang tot de rechter is gecodificeerd; arrest van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie (374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 35).

40 — Punt 18 van arrest AM & S, reeds aangehaald (cursivering van mij).

41 — Conclusie van advocaat-generaal Warner in de zaak AM & S, reeds aangehaald, blz. 1637.

gende vereisten van algemeen belang. Bijgevolg kan de in deze zaak ter discussie gestelde bepaling niet reeds ongeldig worden geacht alleen omdat zij bepaalde restricties aanbrengt op het beroepsgeheim van de advocaat. Er moet nog worden nagegaan of de aldus aangebrachte restricties de regels aangaande beperkingen van de rechten waarop het beroepsgeheim van de advocaat in het communautaire recht berust, eerbiedigen. Voor zover zij de waarborging van de door de communautaire rechtsorde beschermde rechten in gevaar brengen, moeten deze restricties strikt worden afgebakend en gerechtvaardigd.

48. Teneinde na te gaan of de door verzoevende partijen in het hoofdgeding betwiste beperkingen gegrond zijn, stel ik voor het onderzoekskader toe te passen dat in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is uiteengezet. Zoals het Hof reeds heeft bevestigd, heeft dit Handvest, „hoewel [het] geen bindend rechtsinstrument is”, tot hoofddoel, „zoals blijkt uit de preambule ervan, [...] de bevestiging van de rechten die met name voortvloeien uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities en internationale verplichtingen van de lidstaten, uit het Verdrag betreffende de Europese Unie en de communautaire verdragen, uit het [EVRM], uit de door de Gemeenschap en de Raad van Europa aangenomen sociale handvesten, alsook uit de jurisprudentie van het Hof [...] en van het Europees Hof voor de rechten van de mens”.⁴² Uit deze passage blijkt dat, hoewel

dit Handvest op zich geen toereikende rechtsgrondslag kan bieden voor het scheppen van rechten die rechtstreeks door particulieren kunnen worden ingeroepen, het niettemin van belang is als criterium ter uitlegging van de instrumenten die de in artikel 6, lid 2, EU genoemde rechten beschermen. Vanuit deze invalshoek kan het Handvest een dubbele functie hebben. In de eerste plaats kan het het vermoeden scheppen van het bestaan van een recht waarvoor vervolgens bevestiging dient te worden gevonden in de constitutionele tradities van de lidstaten of in de bepalingen van het EVRM. In de tweede plaats biedt het Handvest — wanneer een recht is gekwalificeerd als een in de communautaire rechtsorde beschermd fundamenteel recht — een buitengewoon nuttig instrument ter bepaling van de inhoud, de werkingssfeer en de strekking van dat recht. Ik herinner er bovendien aan dat de bepalingen van het Handvest, waarvan de redactie is gebaseerd op brede discussies op Europees niveau, grotendeels overeenkomen met een codificatie van de rechtspraak van het Hof.

49. In dit kader staat het aan het Hof om zich ervan te vergewissen dat, in de eerste plaats, de grenzen die door de litigieuze bepaling van de richtlijn zijn ingevoerd, de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat niet zodanig beperken dat het wezen van dit geheim erdoor wordt aangetast, en, in de tweede plaats, deze beperkingen een in de Unie erkende doelstelling van

42 — Arrest van 27 juni 2006, Parlement/Raad (C-540/03, Jurispr. blz. I-5769, punt 38).

algemeen belang nastreven en evenredig aan deze doelstelling zijn.⁴³

A — Tast de litigieuze bepaling het wezen van het beroepsgeheim van de advocaat aan?

50. De bescherming van het wezen van een fundamenteel recht komt erop neer, dat hetzij de bescherming van dit recht die het meest verenigbaar is met het wezen van andere fundamentele rechten wordt verzekerd, hetzij de omstandigheden en voorwaarden worden vastgesteld waaronder dit recht in versterkte mate bescherming verdient.

51. Het eigenlijke probleem in deze zaak is de vaststelling onder welke omstandigheden en voorwaarden het beroepsgeheim van de advocaat niet kan worden beperkt. Dit is bovendien ook het punt waarop de uitleggingen van de deelnemers aan de procedure het meest van elkaar verschillen.

52. Enerzijds is de Commissie van mening dat het wezen van het beroepsgeheim van de advocaat volledig is gelegen op „contentieus” terrein. Dit geheim verdient alleen bescherming wanneer is aangetoond dat er een band met een procedure bestaat. Alleen in het

kader van een proces of althans een procedure van gerechtelijke of quasi-gerechtelijke aard verdient de geheimhouding bescherming. De Commissie meent dat het arrest van het Hof in de zaak AM & S in die zin moet worden uitgelegd, dat wil zeggen dat het „een vervlechting” vergt met een procedure van contentieuze aard. Vanuit dit gezichtspunt verdient de richtlijn, door de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat te beperken tot het contentieuze kader, geen enkele kritiek.

53. De ordes van advocaten zijn een andere mening toegedaan en stellen dat de regel van de geheimhouding onlosmakelijk is verbonden met het beroep van advocaat, waaraan het een speciale status en waardigheid toekent. Advocaten behoren hoe dan ook de enigen te zijn die kunnen beoordelen welke beperkingen op deze regel kunnen worden aangebracht. Het beperken van de omvang van de geheimhouding tot een van hun werkzaamheden is in strijd met de fundamentele beginselen en onmogelijk in praktijk te brengen, aangezien deze werkzaamheden zowel ingewikkeld als ondeelbaar zijn. Vanuit dit gezichtspunt is het duidelijk dat de richtlijn, door te verlangen dat in het kader van bepaalde door advocaten verrichte werkzaamheden geheimen worden verraden, tot gevolg heeft dat fundamentele rechten worden geschonden.

54. Deze twee uitleggingen, die onverzoenbaar met elkaar zijn, hebben evenwel één punt gemeenschappelijk waarvan thans moet worden uitgegaan. Alle deelnemers zijn het erover eens dat de ratio van het beroepsgeheim van de advocaat is gelegen in de vertrouwensrelatie die tussen de advocaat en

⁴³ — Artikel 52, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt: „[b]eperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.”

zijn cliënt behoort te bestaan.⁴⁴ Het in stand houden van een dergelijke relatie is in feite in twee opzichten van nut. Het is in de eerste plaats van nut voor de cliënt, de houder van het geheim, die er aldus op kan vertrouwen dat hij zijn geheim prijsgeeft aan een vertrouwenspersoon, zijn advocaat. Het is echter eveneens nuttig voor de samenleving als geheel, omdat het, doordat het de kennis van het recht en de uitoefening van de rechten van verdediging bevordert, bijdraagt tot een goede rechtsbedeling en het aan het licht brengen van de waarheid. Niettemin betreft het hier een kwetsbare relatie die zich moet kunnen ontwikkelen in een beschermde context. In deze zaak is het derhalve van belang om de grenzen van deze context zorgvuldig vast te stellen. Zij mogen niet te eng zijn, opdat de voorwaarden voor een werkelijke vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt niet worden tenietgedaan. Anderzijds mogen zij echter ook niet te ruim zijn, omdat alsdan het risico ontstaat dat de geheimhouding niet méér dan een kenmerk van het beroep van advocaat wordt. Het beroepsgeheim kan niet het eigendom van de advocaat zijn. Het moet veeleer worden gezien als een waarde en een verantwoordelijkheid. Zoals Lord Denning het heeft geformuleerd, is het privilege dat uit die geheimhouding voortvloeit niet het privilege van de advocaat maar van zijn cliënt.⁴⁵ Dit privilege heeft slechts zin wanneer het in dienst staat van de gerechtigheid en van de eerbied voor het recht. Het is alleen toevertrouwd aan de advocaat in zijn hoedanigheid van dienaar van de gerechtigheid.

55. Bovendien is er nog een onderwerp dat in deze zaak geen punt van discussie is. Alle

deelnemers aan de procedure zijn het erover eens dat het beroepsgeheim versterkt moet worden beschermd in het kader van de uitoefening van de taken van vertegenwoordiging en verdediging van een cliënt. In die context neemt de advocaat, zoals door advocaat-generaal Léger is uiteengezet in zijn conclusie bij het arrest *Wouters e.a.* „een centrale positie in de rechtsbedeling in, als bemiddelaar tussen de rechtzoekende en de rechter”.⁴⁶ Het is derhalve niet voor niets dat zij door het Hof worden gekwalificeerd als „hulporganen” en „medewerkers bij de rechtspleging”.⁴⁷

56. Het geschilpunt betreft derhalve in wezen de vraag, of een dergelijke bescherming in dier voege moet worden uitgebreid dat zij het strikte kader van de vereisten van de vertegenwoordiging en de verdediging overschrijdt, en in hoeverre zij moet worden verruimd. Dienaangaande moet worden geconstateerd dat de situatie in de wetgeving van de verschillende lidstaten tegenstrijdig is.

57. De litigieuze richtlijn lijkt op het eerste gezicht een tussenpositie in te nemen. Bij de bespreking van het richtlijnvoorstel van de Commissie wenste het Parlement de derogatie uitdrukkelijk uit te breiden tot de werkzaamheden bestaande in het verstrekken van juridisch advies. Zoals ik al heb opgemerkt, is dit voorstel niet aangenomen. Artikel 6, lid 3, tweede alinea, van de aangenomen richtlijn bepaalt eenvoudigweg dat advocaten geen enkele meldplicht hebben, niet alleen wanneer zij „de cliënt in

44 — Conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest *Wouters e.a.*, reeds aangehaald, punt 182.

45 — Lord Denning, *The Due Process of Law*, Butterworths, Londen, 1980, blz. 29.

46 — Punt 174 van de conclusie van de advocaat-generaal.

47 — Arrest van 3 december 1974, *Van Binsbergen* (33/74, *Jurispr.* blz. 1299, punt 14), en arrest *AM & S*, reeds aangehaald, punt 24.

verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen” maar eveneens „wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen”. Deze laatste zinsnede kan op verschillende manieren worden uitgelegd. Dit blijkt bovendien uit de verschillen in de nationale wetten waarin deze bepaling is omgezet.⁴⁸

58. Met het oog op de beantwoording van de door de verwijzende rechter gestelde geldigheidsvraag dient eerst de betekenis van dit begrip te worden verduidelijkt.

1. Het begrip „bepaling van de rechtspositie van een cliënt”

59. Naar de mening van de Commissie is de uitlegging van dit begrip hoe dan ook irrelevant voor de vaststelling van de geldigheid van de richtlijn. Aangezien het beroepsgeheim van de advocaat in beginsel slechts van toepassing is op zijn gerechtelijke of quasi-gerechtelijke werkzaamheden, volstaat

48 — Vele lidstaten hebben de bewoordingen van de richtlijn letterlijk omgezet. Sommige lidstaten hebben er de voorkeur aan gegeven in hun omzetting uitdrukkelijk te verwijzen naar de activiteit bestaande in het verstrekken van juridisch advies: dit is het geval in het Duitse recht (§ 11, sub 3, eerste volzin, van het Geldwäschebekämpfungsgesetz), het Franse recht (artikel 562-2-1 van de code monétaire et financier), het Griekse recht (artikel 2a, lid 1, sub β, wet 2331/1995, zoals gewijzigd bij artikel 4 van wet 3424/2005) en het recht van het Verenigd Koninkrijk (Proceeds of Crime Act 2002, artikel 330, leden 6 en 10). Ten slotte zijn er staten die de activiteiten van juridische advisering die geen verband houden met een gerechtelijke procedure, hebben willen uitsluiten van de werkingsfeer van de uitzondering genoemd in artikel 6, lid 3, tweede alinea, van de richtlijn: dit is het geval in Finland (Rahanpesulaki, artikel 3, punt 18) en Polen (artikel 11, lid 5, wet van 16 november 2000, zoals gewijzigd bij wet van 5 maart 2004).

de constatering dat deze werkzaamheden in de richtlijn van elke meldplicht zijn vrijgesteld. Anders gezegd, zelfs wanneer de activiteit bestaande in de bepaling van de rechtspositie onder een meldplicht viel, zou de richtlijn toch geldig moeten worden geacht. De ter terechtzitting verschenen ordes van advocaten menen daarentegen, dat het beroepsgeheim eveneens de adviseeringsactiviteiten dekt. Zij stellen daarom voor, het begrip bepaling van de rechtspositie van een cliënt ruim uit te leggen. Mocht worden geoordeeld dat de litigieuze bepaling niet het begrip advisering omvat, dan moet zij volgens hen geacht worden ongeldig te zijn.

60. Naar mijn mening dekt het beginsel van het beroepsgeheim, zoals de in het hoofdgeding geïntervenieerde ordes van advocaten betogen, het verstrekken van juridisch advies. Daarvoor bestaan twee redenen, die op principiële en praktische overwegingen berusten. In beginsel moet rekening worden gehouden met „de fundamentele behoefte van de mens in een beschaafde samenleving om zich voor advies en bijstand tot zijn advocaat te kunnen wenden en zich bij het proces door hem te laten vertegenwoordigen”.⁴⁹ Als vertegenwoordiger en verdediger heeft iedere advocaat eveneens een essentiële taak van bijstandsverlening en advisering. Daarmee garandeert hij niet alleen de toegang tot de rechter maar eveneens tot het recht. Deze laatste garantie is in een complexe samenleving als de Europese niet van minder belang dan de eerste. De mogelijkheid voor iedere justitiabele om onafhankelijk advies te kunnen inwinnen

49 — Conclusie van advocaat-generaal Slynn bij het arrest AM & S, reeds aangehaald, blz. 1654.

teneinde zich op de hoogte te kunnen stellen van de staat van het recht waardoor zijn persoonlijke situatie wordt geregeld, is een essentiële garantie van de rechtsstaat. In die omstandigheden moet de vertrouwensband die wordt gegarandeerd door de bescherming van de geheimhouding, worden uitgebreid tot relaties van juridische bijstand en advies.⁵⁰ Een dergelijke uitbreiding strookt bovendien met de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof. In het arrest AM & S is uitdrukkelijk herinnerd aan het belang voor de cliënten om in volledige onafhankelijkheid te kunnen beschikken over juridische adviezen en bijstand.⁵¹

61. In de praktijk, en hoe dan ook, lijkt het moeilijk om in het kader van de uitoefening van de taken die door een juridisch deskundige moeten worden verricht, onderscheid te maken tussen de tijd die aan advisering en de tijd die aan vertegenwoordiging is besteed. Indien het, telkens wanneer het nastreven van de doeleinden van de richtlijn dit vereist, nodig was daartussen een onderscheid te maken, zou de tussen de beroepsbeoefenaar en zijn cliënt bestaande vertrouwensrelatie daaronder ongetwijfeld te lijden hebben.

62. Uit deze analyse volgt dat de verhoogde mate van bescherming die het beroepsgeheim van de advocaat geniet, ook de taken van vertegenwoordiging in rechte, verdediging, bijstand en advisering moet omvatten. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging te beslissen, dat in verband met de bestrijding van het witwassen van geld geen enkele meldplicht aan advocaten kan worden opge-

legd in het kader van de uitoefening van deze taken. Elke aantasting van deze aard moet geacht worden afbreuk te doen aan het wezen van de rechten die door de communautaire rechtsorde worden beschermd.

63. Is de formulering van de litigieuze bepaling van de betrokken richtlijn verenigbaar met een dergelijke analyse? Ik herinner eraan dat het vaste rechtspraak van het Hof is dat „wanneer een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht voor meer dan een uitlegging vatbaar is, de uitlegging die de bepaling in overeenstemming doet zijn met het Verdrag, de voorkeur verdient boven de uitlegging op grond waarvan zij in strijd is met het Verdrag”.⁵² Het komt mij in casu voor dat het begrip „bepaling van de rechtspositie van de cliënt” als in de richtlijn gebruikt, gemakkelijk aldus kan worden begrepen dat juridische advisering daaronder valt. Een dergelijke lezing strookt met de eerbiediging van de fundamentele rechten en de beginselen van de rechtsstaat die door de communautaire rechtsorde worden beschermd. Zij strookt bovendien met de tekst van de zeventiende overweging van de considerans van de richtlijn, die bepaalt dat in beginsel „juridisch advies onderworpen [blijft] aan de beroepsgeheimhoudingsplicht”. Bijgevolg stel ik het Hof voor, artikel 6, lid 3, tweede alinea, van de richtlijn aldus uit te leggen dat het advocaten die juridisch advies verstrekken, vrijstelt van elke meldplicht.

50 — Ibidem, blz. 1655.

51 — Punten 18 en 21 van arrest AM & S, reeds aangehaald.

52 — Arresten van 13 december 1983, Commissie/Raad (218/82, Jurispr. blz. 4063, punt 15), en 29 juni 1995, Spanje/Commissie (C-135/93, Jurispr. blz. I-1651, punt 37).

64. Thans moet echter nog worden nagegaan of de bepalingen van de richtlijn in alle opzichten met deze uitlegging verenigbaar zijn. De ordes van advocaten voeren aan dat de richtlijn, door de in artikel 2 bis, punt 5, genoemde activiteiten te onderwerpen aan een meldplicht, het aldus uitgelegde beginsel van het beroepsgeheim schendt. Zij zijn namelijk van mening, dat de advocaat in het kader van al zijn werkzaamheden een analyse en een beoordeling van de rechtspositie van zijn cliënt moet maken. In die omstandigheden zou het niet aangewezen zijn de bescherming van het beroepsgeheim in het kader van deze werkzaamheden uit te sluiten.

65. Erkend moet worden dat het in de praktijk moeilijk kan zijn om een onderscheid te maken tussen de werkzaamheden van advocaten van juridische aard en de werkzaamheden van „extrajuridische” aard. Het lijkt mij echter niet onmogelijk een duidelijk criterium te formuleren, op grond waarvan de gevallen waarin de advocaat, optredend „als advocaat”, bescherming van het beroepsgeheim geniet, kunnen worden onderscheiden van de gevallen waarin deze bescherming niet hoeft te worden verleend. Overigens kan naar mijn mening uitsluitend onder deze voorwaarde een evenwicht worden bewaard tussen het vereiste van bescherming van het tussen de advocaat en zijn cliënt bestaande vertrouwen en het vereiste van bescherming van de algemene belangen van de samenleving, met inachtneming van de rechten die door de communautaire rechtsorde worden beschermd. Het lijkt mij bovendien moeilijk om een verruiming van het beroepsgeheim van de advocaat te rechtvaardigen op grond van het loutere bestaan van een praktisch probleem en zonder rekening te houden met het feit dat het beroep van advocaat heden ten dage werkzaamheden omvat die veel verder gaan dan zijn specifieke taken van vertegenwoordiging en advisering.

2. Het criterium ter onderscheiding van de door het beroepsgeheim beschermde werkzaamheden

66. Ter terechtzitting voor het Hof hebben de deelnemers aan de procedure verschillende onderscheidingscriteria voorgesteld. De Raad heeft in overweging gegeven zich te baseren op de materiële aard van de aan de meldplicht onderworpen werkzaamheden. Verder stelt hij in zijn schriftelijke opmerkingen dat rekening moet worden gehouden met het criterium van de actieve deelneming van advocaten aan de uitvoering van de betrokken handelingen. Dit standpunt is ter terechtzitting eveneens door het Parlement verkondigd: het zou heel wel mogelijk zijn om een onderscheid te maken tussen het geven van advies en het deelnemen in naam en voor rekening van een cliënt. De Italiaanse regering betoogt harerzijds dat alleen op onafhankelijke basis verstrekte adviezen bescherming verdienen.

67. De ordes van advocaten die ter terechtzitting vertegenwoordigd waren, hebben naar aanleiding van deze analyses erkend, dat inderdaad een onderscheid kan worden gemaakt tussen de verschillende werkzaamheden genoemd in artikel 2 bis, punt 5. Ofschoon de sub b genoemde activiteiten van gevolmachtigde tot gevolg hebben dat elk verschil tussen de belangen van de advocaat en die van zijn cliënt wordt opgeheven, zodanig dat eerstgenoemde zijn onafhankelijkheid verliest, gaat dit niet op voor de sub a genoemde bijstandsactiviteiten, die eerbiediging van de onafhankelijkheid van de advocaat vereisen.

68. Het lijkt er derhalve op dat de oorspronkelijk tegengestelde standpunten van de verschillende procespartijen nader tot elkaar zijn gekomen. Men lijkt het erover

eens te zijn, dat het beroepsgeheim dient te worden beperkt tot het gebied van de specifieke bevoegdheid van advocaten. Hieruit volgt dat het verschil van mening beperkter van omvang is geworden.

69. Het zou naar mijn mening riskant zijn het onderscheid te baseren op de mate van betrokkenheid van de advocaat bij de desbetreffende handeling. Ik zie niet goed in, op grond waarvan een activiteit van bijstandsverlening eerder speciale bescherming verdient dan de activiteit van gevolmachtigde, indien niet is aangetoond dat deze activiteit in volstrekte onafhankelijkheid wordt verricht. Van meer belang dan de uitgeoefende activiteit is de manier waarop die activiteit wordt uitgeoefend.

70. Er kan geen twijfel over bestaan dat de advocaat in alle gevallen waarin hij optreedt, uiteindelijk gehouden kan zijn de rechtspositie van zijn cliënt te bepalen. Dit kan echter verschillende richtingen opgaan. Het is één ding om het juridische kader en de rechtsgevolgen van de voorgenomen handeling uiteen te zetten, maar het is wat anders om in het belang van de cliënt een beoordeling te maken van de beste strategie om actie te ondernemen of een economische of commerciële transactie te verrichten. Wanneer de beoordeling enkel tot doel heeft, de cliënt bij te staan bij het organiseren van zijn activiteiten „met inachtneming van de wet” en na te gaan of zijn doelstellingen aan het recht beantwoorden⁵³, moet zij als advisering worden aangemerkt en worden vrijge-

steld van elke meldplicht, ongeacht de context waarin dat advies is gegeven. Indien daarentegen de beoordeling voornamelijk tot doel heeft, een commerciële of financiële transactie te verrichten of voor te bereiden, en de advocaat in dat verband onderworpen is aan instructies van de cliënt teneinde onder meer de economisch meest gunstige oplossing te vinden, handelt hij slechts als een „zaakwaarnemer” die zijn kennis van zaken volledig in dienst stelt van een niet-juridische activiteit, zodat er geen noodzaak is om het beroepsgeheim te beschermen. In het eerste geval kan worden gesteld dat de advocaat niet alleen in het belang van zijn cliënt handelt, doch eveneens in het belang van het recht. In het tweede geval gaat het alleen om het belang van de cliënt. In dat geval handelt de advocaat niet als een onafhankelijke advocaat, maar bevindt hij zich in een positie die identiek is aan die van een financieel adviseur of een bedrijfsjurist.

71. Ik geef echter toe dat het verschil tussen deze twee soorten situaties moeilijk kan worden vastgesteld. Een algemene beoordeling zoals van het Hof in deze zaak wordt gevraagd, kan geen oplossing bieden voor alle praktische problemen die een dergelijke beoordeling met zich kan brengen. Het beste dat het Hof in dit geval kan doen, is het verschaffen van alle tot zijn beschikking staande uitleggings-elementen die voor de bevoegde nationale autoriteiten als richtsnoer kunnen dienen bij de toepassing van de bepaling. Ik wijs er overigens op dat een dergelijke aanpak door andere rechterlijke instanties is toegepast zonder dat dit tot bijzondere problemen heeft geleid. In die

53 — Conclusie van advocaat-generaal Léger bij het arrest Wouters e.a., reeds aangehaald, punt 174.

zaken verlangen die instanties een analyse van geval tot geval van de hoedanigheid waarin de advocaat handelt.⁵⁴

72. Gezien de fundamentele aard van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat, mag ervan worden uitgegaan dat een advocaat handelt in zijn eigen hoedanigheid van raadsman of verdediger. Alleen wanneer blijkt dat hij is ingezet voor een taak die afbreuk doet aan zijn onafhankelijkheid, zal moeten worden geoordeeld dat hij kan worden onderworpen aan de in de richtlijn voorziene meldplicht. Deze beoordeling moet worden gemaakt van geval tot geval, onder de garantie van rechterlijke controle.

3. Tussenconclusie

73. De bovenstaande analyse heeft geen enkel element aan het licht gebracht op grond waarvan de artikelen 2 bis, punt 5, en 6 van richtlijn 91/308, zoals gewijzigd bij

richtlijn 2001/97, als ongeldig moeten worden beschouwd, vooropgesteld evenwel dat zij aldus worden uitgelegd dat elke meldplicht in het kader van de activiteiten van vertegenwoordiging in rechte en juridische advisering van advocaten is uitgesloten. Inzonderheid behoren van deze verplichting te worden uitgesloten de adviezen die zijn verstrekt teneinde de cliënt bij te staan bij de organisatie van zijn activiteiten „met inachtneming van de wet”.

74. Het volstaat niet te erkennen dat, buiten deze gevallen waarin elke meldplicht is uitgesloten, beperkingen kunnen worden gesteld aan het beroepsgeheim van de advocaat. Men moet zich daarbij nog afvragen of die beperkingen een wettig doel van algemeen belang nastreven en of zij daaraan evenredig zijn.

B — *Streven de beperkingen op de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat een doelstelling van algemeen belang na?*

54 — Zie in deze zin arresten uit de Amerikaanse rechtspraak: In re Grand Jury Investigation (Schroeder), 842 F.2d 1223, 1225 (11th Cir. 1987); United States v. Davis, 636 F.2d at 1043; United States v. Horvath, 731 F.2d 557, 561 (8th Cir. 1984); Upjohn Co. v. United States, 449 U.S. 383 (1981); zie eveneens arrest 87/1997 van de Corte costituzionale (Italië) van 8 april 1997 (GURI van 16 april 1997), alsmede beschikking van het House of Lords: Three Rivers District Council and Others v. Governor and Company of the Bank of England, [2004] UKHL 48. In deze laatste beschikking preciseert Lord Scott of Foscote overigens: „There is, in my opinion, no way of avoiding difficulty in deciding in marginal cases whether the seeking of advice from or the giving of advice by lawyers does or does not take place in a relevant legal context so as to attract legal advice privilege.”

75. Er is slechts één deelnemer aan de procedure die voor het Hof lijkt te twijfelen aan de wettigheid van het door de litigieuze richtlijn nagestreefde doel. Volgens de Orde van advocaten bij de balie te Luik kan het beroepsgeheim slechts wijken voor hogere belangen die verband houden met de bescherming van het menselijk leven.

76. Dit standpunt is niet juist. In de eerste plaats acht ik het geenszins uitgesloten, dat vereisten die met de instandhouding van het menselijk leven niets van doen hebben, wettige doeleinden kunnen zijn op grond waarvan beperkingen op het beroepsgeheim kunnen worden gerechtvaardigd. In de tweede plaats kan de bestrijding van het witwassen van geld geacht worden een doelstelling te zijn die het waard is door de Gemeenschap te worden nagestreefd.

77. Uit de eerste overweging van de considerans van richtlijn 91/308 blijkt, dat deze richtlijn beoogt te voorkomen dat het gebruik van kredietinstellingen en financiële instellingen voor het witwassen van de opbrengsten van criminele activiteiten het vertrouwen in het financiële stelsel schaadt en afbreuk doet aan het vertrouwen van het publiek in dat stelsel als geheel. Het is juist dat het witwassen van geld in potentie een vernietigend effect kan hebben op de economische, politieke en sociale stelsels van de lidstaten. Het streven deze doelstelling uit te breiden tot juridische beroepsbeoefenaren lijkt niet onrechtmatig, voor zover rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat deze een zeer grote verscheidenheid aan activiteiten, die het kader van de bevoegdheden van juridische raadgeving en vertegenwoordiging ruimschoots overschrijden, kunnen uitoefenen. In deze context bestaat het risico dat advocaten, in navolging van andere beroepen, slechts „deuropeners” worden waardoor witwassers in staat zijn hun illegale doeleinden te verwezenlijken.

78. In deze omstandigheden kan de doelstelling van bestrijding van het witwassen

van geld geacht worden een doelstelling van algemeen belang te zijn die rechtvaardigt dat het beroepsgeheim van de advocaat wordt opgeheven, mits deze opheffing niet van invloed is op de wezenlijke activiteiten van de advocaat zoals hierboven gedefinieerd. Ten slotte moet nog worden nagegaan of de aldus voorziene beperkingen het evenredigheidsbeginsel in acht nemen.

C — Nemen de beperkingen van de bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat het evenredigheidsbeginsel in acht?

79. Krachtens het evenredigheidsbeginsel kunnen beperkingen op het beroepsgeheim van de advocaat slechts worden ingevoerd, voor zover zij noodzakelijk zijn. De CCBE en de OFBG betwisten in casu de noodzaak van de meldplicht. Zij voeren aan dat het nagestreefde doel zou kunnen worden bereikt door middelen die een minder vergaande inbreuk maken op de geheimhouding, zoals procedures met disciplinaire en strafrechtelijke sancties. Bovendien biedt het feit dat andere beroepsbeoefenaren die een rol spelen bij riskante transacties, wél onder de meldplicht vallen, volgens hen voldoende garanties dat het nagestreefde doel wordt gerealiseerd.

80. Deze redenering is niet overtuigend. In de eerste plaats staat vast dat de genoemde

procedures niet dezelfde functie vervullen als de meldplicht. Zij betreffen namelijk slechts de bestraffing van illegale gedragingen, terwijl de meldplicht uitsluitend ertoe strekt, dat de bevoegde autoriteiten op de hoogte worden gesteld van feiten die een aanwijzing kunnen zijn voor het witwassen van geld, zonder dat de informant daadwerkelijk betrokken is bij deze gedragingen. Aangezien zij verschillende doeleinden nastreven, kunnen deze twee middelen met het oog op de bestrijding van het witwassen van geld niet worden gelijkgesteld. In de tweede plaats wil de omstandigheid dat andere handelaren dezelfde verplichting hebben, geenszins zeggen dat ook juridische beroepsbeoefenaren aan die verplichting moeten worden onderworpen wanneer zij rechtstreeks bij riskante transacties betrokken blijken te zijn. Bijgevolg moet worden erkend dat een bepaling die de toepassing van een dergelijke verplichting op juridische beroepsbeoefenaren voorschrijft, noodzakelijk kan zijn in de context van de georganiseerde bestrijding van het witwassen van geld.

81. Dit neemt niet weg dat het beroepsgeheim van de advocaat een fundamenteel beginsel vormt dat het recht op een eerlijk proces en het recht op eerbiediging van het privéleven rechtstreeks raakt. Bijgevolg kan daarop alleen in uitzonderlijke omstandig-

heden en wanneer dit met adequate en toereikende waarborgen tegen misbruik wordt omkleed, inbreuk worden gemaakt.⁵⁵

82. Ik wil er in dit opzicht aan herinneren, dat de litigieuze verplichting omkleed is met bepaalde waarborgen die recht doen aan de specifieke aard van het beroep van advocaat. De richtlijn voorziet daartoe in twee soorten waarborgen. In de eerste plaats kunnen de lidstaten op grond van artikel 6, lid 3, eerste alinea, een passende zelfregulerende instantie van het desbetreffende beroep aanwijzen als de autoriteit die op de hoogte moet worden gesteld in geval van aangifte. Deze instantie heeft in zekere zin een controle- en filterfunctie, zodat de beroepsgeheimhoudingsplicht van advocaten jegens hun cliënten intact kan blijven. In de tweede plaats bepaalt de richtlijn in artikel 8 ervan, dat de lidstaten de advocaten mogen ontslaan van het verbod aan hun cliënten mee te delen dat overeenkomstig de richtlijn inlichtingen aan de verantwoordelijke autoriteiten zijn verstrekt. Daarmee wordt bereikt dat de relatie van vertrouwen en loyaliteit jegens de cliënten, die een voorwaarde is voor de uitoefening van het beroep van advocaat, niet wordt aangetast. Deze waarborgen kunnen toereikend en doeltreffend worden geacht met het oog op de bescherming van de integriteit van de relatie tussen advocaten en hun cliënten.

⁵⁵ — Zie, naar analogie, arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens, Erdem v. Duitsland van 5 juli 2001, punt 65.

V — Conclusie

83. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, de door het Arbitragehof gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 2 bis, punt 5, en 6 van 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, zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001, zijn geldig, voor zover zij overeenkomstig de zeventiende overweging van de considerans van deze richtlijn en met eerbiediging van de fundamentele rechten op bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat aldus worden uitgelegd, dat inlichtingen verkregen vóór, gedurende of na een rechtsgeding of in het kader van de verstrekking van juridisch advies moeten worden vrijgesteld van elke meldplicht.”