

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

M. POIARES A MADURA,

predstavljeni 14. decembra 2006¹

1. Ali je v skladu s pravom Skupnosti in temeljnimi načeli, ki jih varuje, da se odvetnikom, kot določa Direktiva 2001/97 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. decembra 2001 o spremembi Direktive 91/308/EGS o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja (UL L 344, str. 76), naloži obveznost obveščanja pristojnih organov o vseh njim znanih dejstvih, ki bi lahko kazala na pranje denarja? Vprašanje, ki se postavlja v tej zadevi, bi moralo privedi Sodišče do tega, da se vpraša o eni od temeljnih vrednot pravnih držav, ki sestavljajo Evropsko unijo, poklicni skrivnosti odvetnikov². Čeprav se ta vrednota ne zdi vprašljiva, ostaja pravna ureditev njenega varovanja vseeno negotova in sporna. Na čem mora temeljiti podelitev tega varstva? Ali so dovoljena odstopanja in pod kakšnimi pogoji? Po katerem merilu naj v praksi razločujemo med tem, kar spada v okvir skrivnosti, in tem, kar v ta okvir ne spada?

2. Sodišče ne bo prvo, ki postavlja ta vprašanja. Nekatera nacionalna sodišča v Uniji in zunaj nje so morala obravnavati podobna vprašanja.³ Poleg tega se bo Sodišče lahko koristno oprlo na nekatere od svojih precedensov. V sodni praksi je že potrdilo načelo zaupnosti korespondence med odvetnikom in njegovo stranko⁴ ter priznalo posebnost odvetniškega poklica in pravil, ki veljajo zanj⁵.

I – Ozadje zadeve

3. Da bi bolje razumeli vprašanja v tej zadevi, se mi zdi koristno, da v uvodu

1 — Jezik izvirnika: portugalsščina.

2 — Varovanje poklicne skrivnosti odvetnikov je izrecno omenjeno v členu 41 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, v katerem je potrjena „pravica dostopa vsake osebe do svojega spisa, ob spoštovanju legitimnih interesov zaupnosti ter poklicne in poslovne tajnosti“.

3 — Naj navedem na primer sklep vrhovnega sodišča v Britanski Kolumbiji (Kanada) z dne 20. novembra 2001. Sodišče, ki se je moralo izreči o vprašanju, ali bi morali biti pravni svetovalci oproščeni obveznosti, da kanadskemu centru za analizo finančnih transakcij in prijav prijavijo nekatere sumljive finančne transakcije, je menilo, da se je primerno sklicevati na določbe Direktive 2001/97, ki je bila takrat v končni fazi sprejemanja.

4 — Sodba z dne 18. maja 1982 v zadevi AM & S (155/79, Recueil, str. 1575). V zvezi s tem vprašanjem glej študijo Vesterdorf, B., „Legal Professional Privilege and the Privilege Against Self-Incrimination in EC Law: Recent Developments and Currents Issues“, v *Fordham International Law Journal*, 2005, str. 1179.

5 — Sodba z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters in drugi (C-309/99, Recueil, str. I-1577).

predstavim razvoj sporne določbe in okoliščine, v katerih je bila izpodbijana.

A – Okvir Skupnosti

4. Izraz „pranje“ naj bi izviral iz prakse, ki se je razvila v Združenih državah Amerike, ko je organizirani kriminal pridobil pralnice in avtopralnice, da bi prihodke, ki jih ustvaril predvsem s tihotapljenjem alkohola v času prohibicije, pomešal z zakonito ustvarjenim dobičkom. Čeprav je to poreklo predmet diskusij, pa smisel izraza ni dvomljiv. Pranje denarja označuje vse dejavnosti, katerih cilj je dati videz zakonitosti sredstvom kriminalnega izvora.

5. Pranje, pojav, ki sprejema in se celo okorišča z liberalizacijo svetovne trgovine, zahteva boj, ki ustreza njegovim razsežnostim, v obliki mednarodnega sodelovanja.⁶ Svet Evrope je leta 1980 sprejel priporočilo o

ukrepih proti prenosu in hrambi nezakonitih sredstev.⁷ Čeprav je bilo to besedilo samo spodbuda, je sprožilo gibanje mednarodnega boja proti pranju denarja. 19. decembra 1988 je bila na Dunaju sprejeta Konvencija Združenih narodov proti prometu z drogami in psihotropnimi snovmi⁸. S to konvencijo je pranje denarja postalo kaznivo dejanje in uvedene so bile sankcije. Svet Evrope je leta 1990 sprejel Konvencijo o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem.⁹ Ta konvencija, ki pogloblja sodelovanje na regionalni ravni, je razširila opredelitev pojma pranja in zavezala države podpisnice k sprejetju kazenskih ukrepov. V istem času je bila oblikovana projektna skupina za finančno ukrepanje na področju pranja denarja (v nadaljevanju: FATF), mednarodni organ, ki je bil leta 1989 v Parizu ustanovljen na pobudo G7 zaradi priprave in spodbujanja strategij boja proti tej nadlogi. FATF je od leta 1990 objavil štirideset priporočil, ki naj bi služila kot podlaga za usklajen boj na mednarodni ravni.¹⁰

6. Evropska skupnost je v tem že sorazmerno bogatem normativnem okviru pre-

6 — V tem smislu glej peto uvodno izjavo Direktive 2005/60/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. oktobra 2005 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja in financiranje terorizma (UL L 309, str. 15).

7 — Svet Evrope, Priporočilo št. R (80) 10 o ukrepih proti prenosu in hranjenju sredstev kriminalnega izvora, sprejeto 27. junija 1980.

8 — Konvencija Združenih narodov proti nezakoniti trgovini z drogami in psihotropnimi snovmi, ki jo je konferenca sprejela na 6. plenarnem zasedanju 19. decembra 1988.

9 — Svet Evrope, Konvencija o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, sprejeta v Strasbourgu 8. novembra 1990.

10 — GAFI, *Les Quarante Recommendations*, 1990, revidirana leta 1996 in leta 2003.

vzela pobudo. Njen namen ni bil samo sodelovati v tem mednarodnem boju, ampak tudi varovati celovitost evropskega enotnega trga.¹¹ Tako je bila sprejeta Direktiva Sveta 91/308/EGS z dne 10. junija 1991 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja (UL L 166, str. 77), s katero zakonodajalec Skupnosti določa načelo prepovedi pranja denarja v Skupnosti in od držav članic zahteva, da vzpostavijo sistem identifikacije, obveščanja in preprečevanja sumljivih transakcij za kreditne in finančne ustanove.

7. Določba, ki se obravnava v tej zadevi, je rezultat spremembe Direktive 91/308. Direktiva 2001/97 namreč izhaja iz volje zakonodajalca Skupnosti po posodobitvi Direktive 91/308 ob upoštevanju sklepov Komisije in želja, ki so jih izrazili Evropski parlament in države članice, ter da se glede na izkušnje, nabrane v prvih letih njenega izvajanja, njena veljavnost razširi na nova področja in dejavnosti. Iz tega izhaja predvsem razširitev področja uporabe obveznosti obveščanja

pristojnih organov o morebitnem sumu pranja denarja, ki jo ureja člen 6 Direktive 91/308, na „notarje in druge neodvisne pravne strokovnjake“ pri opravljanju nekaterih od njihovih dejavnosti.

8. Ta razširitev, ki je v središču te zadeve, je bila rezultat dolgotrajnih dogovarjanj znotraj različnih okvirov. FATF je leta 1996 ob reviziji svojih priporočil od nacionalnih oblasti zahteval razširitev področja uporabe ukrepov za boj proti pranju na finančne dejavnosti, ki jih opravljajo nefinančni poklici. FATF je leta 2001 ponovil, da ob upoštevanju „dejstva, da kriminalci vedno pogosteje uporabljajo strokovnjake in druge posrednike, pri katerih dobijo nasvete in druge vrste pomoči za pranje sredstev, pridobljenih s kaznivimi dejanji“, meni, da je treba „področje uporabe štiridesetih Priporočil razširiti tako, da bo pokrivalo sedem kategorij dejavnosti in nefinančnih poklicev“, med njimi „odvetnike in notarje“.¹²

9. Tako priporočilo ni moglo ostati zunaj okvira Skupnosti. Direktiva 91/308 je v členu 12 določala, da „države članice zagotovijo, da se določbe te direktive v celoti ali delno razširijo na poklice in kategorije podjetij, ki niso kreditne in finančne ustanove iz člena 1, ukvarjajo pa se z dejavnostmi, za katere je posebno verjetno, da bi se uporabile za

11 — Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Saggia v zadevi Komisija proti Avstriji, v kateri je bil sprejet sklep predsednika Sodišča z dne 29. septembra 2000 (C-290/98, Recueil, str. I-7835, točka 3).

12 — GAFI, *Rapport Annuel 2000–2001*, 22. junij 2001, str. 17 in 19.

namene pranja denarja“. Poleg tega je bil na podlagi člena 13 navedene direktive pod okriljem Komisije ustanovljen kontaktni odbor, katerega naloga je bila predvsem „preučiti, ali naj se poklic ali kategorija podjetij vključi v člen 12, če se ugotovi, da se ta poklic ali kategorija podjetij v državi članici uporablja za pranje denarja“.

trgovce z umetninami, dražitelje, igralnice, menjalnice, prevoznike denarja, notarje, računovodje, odvetnike, davčne svetovalce in samostojne računovodje, da bi:

— zanje v celoti ali delno veljale določbe te direktive, in če je potrebno,

— zanje veljale nove določbe, ki upoštevajo posebne okoliščine teh poklicev in predvsem v celoti spoštujejo njihovo obveznost poklicne skrivnosti [...]“¹⁴

10. Po prvih poročilih Komisije o izvajanju Direktive sta Evropski parlament in Svet Evropske unije sprejela stališče, naklonjeno razširitvi obveznosti sporočanja podatkov iz člena 6 Direktive na osebe in kategorije poklicev, ki niso kreditne ustanove.¹³ Parlament je marca 1999 v resoluciji o drugem poročilu Komisije izrecno pozval Komisijo, naj predloži zakonodajni predlog o spremembi Direktive, tako da bo določeno, da se „vključijo v področje uporabe Direktive poklici, ki so lahko vpleteni v pranje denarja ali jih lahko zlorablajo osebe, ki perejo denar, kot na primer nepremičninske posrednike,

11. Na tej podlagi je Komisija julija 1999 predložila predlog spremembe Direktive.¹⁵ Ta zahteva, da države članice zagotovijo, da se določbe, predvidene z Direktivo, naložijo „notarje[m] ali ostal[im] neodvisn[im] pravn[im] strokovnjak[om], kadar v imenu in za svojo stranko sodelujejo pri kakršni koli finančni ali nepremičninski transakciji ali kadar svojim strankam pomagajo“ v določenem številu finančnih in poslovnih dejavnosti. Vendar predvideva tudi omejeno odstopanje: države članice niso dolžne na-

13 — Glej predvsem akcijski načrt o organiziranem kriminalu, ki ga je Svet sprejel 28. aprila 1997 (UL C 251, str. 1, točka 26(e)).

14 — Resolucija o drugem poročilu Komisije Evropskemu parlamentu in Svetu o uporabi direktive o pranju denarja (UL 1999, C 175, str. od 39 do 42).

15 — Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive 91/308 (COM(1999) 352 konč. z dne 14. julija 1999).

ložiti obveznosti obveščanja, določene z Direktivo, pravnim strokovnjakom, „kar zadeva podatke, ki bi jih dobili od stranke, da bi jo lahko zastopali v sodnem postopku“. Nasprotno pa to odstopanje „ne more pokrivati primerov, v katerih obstajajo razlogi za sum, da se nasveti iščejo zaradi lažjega pranja denarja“.

13. Skupno stališče, ki ga je Svet sprejel novembra 2000, je sprejelo kompromisno rešitev.¹⁷ Predlagano je bilo, naj se sporna določba glasi:

„Države članice niso dolžne naložiti obveznosti iz prvega odstavka notarjem, neodvisnim pravnim strokovnjakom, revizorjem, zunanjim računovodjem in davčnim svetovalcem v zvezi s podatki, ki jih ti pridobijo o svojih strankah med ugotavljanjem njihovega pravnega položaja ali ko branijo ali zastopajo svojo stranko v sodnem postopku ali v zvezi z njim, vključno s svetovanjem o sprožitvi postopka ali njegovi izogitvi, bodisi da takšne podatke pridobijo pred, med ali po končanem postopku“.¹⁸

12. O tem predlogu se je veliko razpravljalo. Besedilo, ki je bilo nazadnje sprejeto, izraža stališča te razprave. Parlament je bil v mnenju o predlogu Komisije absolutno proti temu, da se lahko obveznosti obveščanja naložijo neodvisnim odvetnikom ali pravnim pisarnam ali članom reguliranega pravnega poklica, ki opravljajo dejavnost ne samo v okviru svoje funkcije zastopanja v sodnih postopkih, ampak tudi v okviru pravnega svetovanja.¹⁶ To mnenje se je torej v dveh vidikih oddaljilo od predloga: s preoblikovanjem možnosti držav članic, da določijo odstopanje, v obveznost določitve tega odstopanja in z razširitvijo obsega odstopanja z zastopanja v sodnih postopkih na pravno svetovanje.

14. Čeprav odstopanje ostaja samo kot možnost, ponujena državam članicam, pa se je njeno področje uporabe tako zelo razširilo. Po mnenju Komisije naj bi bilo to stališče ne samo združljivo z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP), ampak je tudi

16 — Mnenje Evropskega parlamenta z dne 5. julija 2000 (UL 2001, C 121, str. 133).

17 — Skupno stališče (ES) št. 5/2001, ki ga je Svet sprejel 30. novembra 2000, za sprejetje Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive 91/308 (UL 2001, C 36, str. 24).

18 — *Ibidem*, str. 28.

v skladu z duhom sprememb, ki jih je predložil Parlament.¹⁹ Vendar se Parlament s tem ni strinjal. V resoluciji o skupnem stališču Sveta je, čeprav je povzel besedilo skupnega stališča glede področja uporabe odstopanja, ponovno izrazil željo, da se možnost, ki omogoča določitev odstopanja, spremeni v določbo, ki bo zavezujoča za države članice.²⁰

15. Komisija je o tem vprašanju sprejela dvoumno stališče.²¹ Na eni strani, „ker je nujno zagotoviti združljivost direktive z [EKČP]“, priznava, da je „nekoliko naklonjena želji Parlamenta, da se prepove možnost zahtevati prijavo sumov o pranju denarja na podlagi podatkov, ki jih odvetniki ali notarji dobijo, ko zastopajo stranko v sodnem postopku ali med ugotavljanjem njenega pravnega položaja“. Vendar na drugi

strani „meni, da ni sprejemljivo, da se isti pomisleki na splošno uporabljajo za nepravne poklice“. Zato je bil amandma, ki ga je predlagal Parlament, zavrnjen.

16. Ker se je Svet odločil, da bo glede tega vprašanja sledil Komisiji, je bil ustanovljen spravni odbor. Vendar se je med tem spravnim postopkom po mnenju Parlamenta izkazalo, da so „dogodki 11. septembra 2001 v Združenih državah temeljito spremenili stališča o tem vprašanju, ker se direktiva o pranju denarja od takrat šteje za bistven sestavni del boja proti terorizmu“. V teh novih razmerah je bil oblikovan kompromis, ki je omogočil, da je Parlament z veliko večino odobril besedilo v tretjem branju 13. novembra 2001, Svet pa ga je odobril 19. novembra 2001.

17. Kompromis ima naslednjo obliko. Nova člena 2a in 6 Direktive 91/308, kot je bila spremenjena z Direktivo 2001/97 (v nadaljevanju: Direktiva), ostaneta nespremenjena.

19 — Sporočilo Komisije Evropskemu parlamentu v skladu s členom 251(2), drugi pododstavek, Pogodbe ES v zvezi s skupnim stališčem, ki ga je Svet sprejel zaradi sprejetja Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive 91/308 z dne 12. januarja 2001 (SEC(2001) 12).

20 — Zakonodajna resolucija Evropskega parlamenta z dne 5. aprila 2001 o skupnem stališču Sveta (C 21 E (2002), str. 305, sprememba št. 22).

21 — Mnenje Komisije v skladu s členom 251(2)(c) Pogodbe ES o spremembah, ki jih je Evropski parlament predlagal k skupnemu stališču Sveta glede predloga direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive 91/308 z dne 13. junija 2001 (COM(2001) 330 konč.).

22 — Poročilo Evropskega parlamenta o skupnem besedilu, ki ga je odobril spravni odbor, Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o spremembi Direktive 91/308 z dne 5. novembra 2001 (PE-CONS 3654/2001 – C5-0496/2001 – 1999/0152(COD)).

18. V členu 2a je tako določeno:

iii) odpiranjem ali upravljanjem z bančnimi, varčevalnimi računi ali računi vrednostnih papirjev;

„Države članice zagotavljajo, da se obveznosti, določene z Direktivo, naložijo naslednjim ustanovam:

iv) urejanjem prispevkov, potrebnih za ustanovitev, delovanje ali upravljanje podjetij;

[...]

v) ustanavljanjem, delovanjem ali upravljanjem skladov, družb ali podobnih organizacij;

5) notarjem in ostalim neodvisnim pravnim strokovnjakom,

a) ko pomagajo svoji stranki pri načrtovanju ali opravljanju transakcij v zvezi z:

b) ali ko delujejo v imenu in za račun svoje stranke pri kakršni koli finančni ali nepremičninski transakciji.“

i) nakupom in prodajo nepremičnin ali poslovnih subjektov;

19. V členu 6 pa je določeno:

ii) upravljanjem z denarjem stranke, vrednostnimi papirji ali drugim premoženjem;

„1. Države članice zagotovijo, da ustanove in osebe, za katere velja ta direktiva, in tudi njihovi direktorji in zaposleni popolnoma

sodelujejo z organi, pristojnimi za boj proti pranju denarja:

dejavstvih iz člena 2(1), točka a, in zato določijo ustrezne oblike sodelovanja med tem organom in organi, pristojnimi za boj proti pranju denarja.

a) z obveščanjem teh organov na lastno pobudo o vseh dejstvih, ki bi lahko kazala na pranje denarja;

b) z dostavljanjem vseh potrebnih podatkov v skladu s postopki po veljavni zakonodaji na zahtevo teh organov.

Države članice niso dolžne predpisati obveznosti, določenih v členu 2(1), v zvezi s podatki, ki jih notarji, neodvisni pravni strokovnjaki, revizorji, zunanji računovodje in davčni svetovalci prejmejo od svojih strank ali pridobijo o svojih strankah med ugotavljanjem njihovega pravnega položaja ali ko branijo ali zastopajo svojo stranko v ali v zvezi s sodnim postopkom, vključno s svetovanjem o sprožitvi postopka ali njegovi izogitvi, bodisi da takšne podatke pridobijo pred, med ali po končanem postopku.“

2. Podatki iz prvega odstavka se posredujejo organom, pristojnim za boj proti pranju denarja na ozemlju držav članic, kjer se nahaja ustanova ali oseba, ki posreduje podatke. Podatke normalno posreduje oseba ali osebe, ki jih določijo kreditne in finančne ustanove v skladu s postopki, predvidenimi v členu 11(1).

3. Države članice lahko v primeru notarjev in neodvisnih pravnih strokovnjakov, omenjenih v členu 2a, točka 5, imenujejo ustrezni avtonomni regulativni organ omenjene stroke kot pristojni organ, ki se ga obvesti o

20. Nasprotno pa so bile posledica spravnega postopka nekatere spremembe v besedilu uvodnih izjav Direktive v zvezi z ureditvijo, ki velja za pravne poklice. Šestnajsta uvodna izjava postavlja načelo, po katerem bi morale za „notarje in druge neodvisne pravne strokovnjake, kakor jih opredeljujejo države članice, [...] veljati določbe Direktive, kadar so vključeni v finančne ali poslovne transakcije, vključno z davčnim svetovanjem, ki predstavljajo največje tveganje za uporabo storitev teh pravnih poklicev za pranje premoženjske koristi ali kaznivo dejanje“.

Vendar je v naslednji uvodni izjavi določeno: „[v]endar kadar pravni strokovnjaki, ki pripadajo neodvisnim poklicem za pravno svetovanje, ki so pravno priznani in nadzorovani, kot na primer odvetniki, pri ugotavljanju pravnega položaja svoje stranke ali pri zastopanju stranke v pravnem postopku, ne bi bilo primerno, da bi morali biti v zvezi s temi dejavnostmi zavezani k poročanju o sumu pranju denarja. Dovoliti se mora izjema od obveznosti posredovanja podatkov, pridobljenih pred, med in po končanem sodnem postopku ali med ugotavljanjem pravnega položaja stranke. Pravno svetovanje je še vedno zaščiteno z institutom poklicne skrivnosti, razen če je pravni svetovalec udeležen pri pranju denarja, če je pravno svetovanje podano v zvezi s pranjem denarja ali pa odvetnik ve, da stranka išče pravno svetovanje v zvezi s pranjem denarja.“

21. Nazadnje je treba opozoriti, da je bila Direktiva 91/308 pred kratkim razveljavljena z Direktivo 2005/60. Vsebina te direktive brez sprememb povzema določbe, ki se obravnavajo v tej zadevi.²³

23 – Člena 2 in 23(2).

B – Nacionalni okvir

22. Ta zadeva izvira iz dveh tožb, ki sta bili hkrati vloženi pri Cour d'arbitrage (Belgija), eno sta vložila Ordre des barreaux francophones et germanophone (v nadaljevanju: OBFG) in Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, drugo pa Ordre des barreaux flamands in Ordre néerlandais des avocats de Bruxelles. Namen teh tožb je razveljavitev nekaterih določb zakona z dne 12. januarja 2004 o spremembi zakona z dne 11. januarja 1993 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja, zakona z dne 22. marca o statusu in nadzoru kreditnih ustanov ter zakona z dne 6. aprila 1995 o statusu investicijskih podjetij in njihovem nadzoru, finančnih posrednikov in investicijskih svetovalcih. K tema tožbama so se pridružili Conseil des barreaux de l'Union européenne (v nadaljevanju: CCBE), Ordre des avocats du barreau de Liège in Conseil des ministres (svet ministrov).

23. Treba je poudariti, da je cilj zakona z dne 12. januarja 2004 prenesti v belgijski pravni red Direktivo 2001/97 o spremembi Direktive 91/308. Tako vsebuje nov člen 2b, katerega besedilo je enako besedilu člena 2a, točka 5, Direktive. Poleg tega zakon, ki izkorišča možnost, ponujeno s členom 6(3), drugi pododstavek, Direktive, v belgijsko zakonodajo uvaja nov člen 14a(3), v katerem je določeno, da „osebe iz člena 2b ne posredujejo teh podatkov, če jih pridobijo o

svojih strankah med ugotavljanjem njihovega pravnega položaja ali ko branijo ali zastopajo svojo stranko v ali v zvezi s sodnim postopkom, vključno s svetovanjem o sprožitvi postopka ali njegovi izoginitvi, bodisi da takšne podatke pridobijo pred, med ali po končanem postopku“.

24. Iz predložitvene odločbe izhaja, da tožeče stranke temu zakonu očitajo predvsem, da na odvetnike širi obveznosti, določene z zakonom z dne 11. januarja 1993. Po mnenju tožečih strank naj bi taka razširitev kršila načelo poklicne skrivnosti in neodvisnosti odvetnikov, ki sta zaščiteni s pravicami, priznanimi v Ustavi in EKČP. Cour d'arbitrage v sodbi ugotavlja, da se poklicna skrivnost, čeprav je „temeljni element pravic obrambe“, odpravi, „kadar je potrebno ali kadar nastane konflikt z vrednoto, ki se šteje za višjo“, če je seveda ta odprava upravičena z nujnim razlogom in strogo sorazmerna.

25. Vendar je treba upoštevati dejstvo, da so sporne določbe posledica razširitve, ki jo nalaga prenos Direktive 2001/97. Zato je razprava o ustavnosti belgijskega zakona odvisna od vprašanja o veljavnosti Direktive

Skupnosti. To vprašanje, ki je bilo predloženo Sodišču na podlagi člena 234, tretji pododstavek, ES, je naslednje:

„Ali člen 1(2) Direktive 2001/97/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. decembra 2001 o spremembi Direktive Sveta 91/308/EGS o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja krši pravico do poštenega sojenja, kot jo zagotavlja člen 6 EKČP in posledično člen 6(2) EU, ker novi člen 2a, točka 5, ki je bil vključen v Direktivo 91/308/EGS, določa, da se za neodvisne pravne strokovnjake, vključujoč odvetniški poklic, uporablja ista direktiva, katere bistveni cilj je, da osebam in ustanovam, za katere velja, naloži obveznost obveščanja organov, pristojnih za boj proti pranju denarja, o vseh dejstvih, ki bi lahko kazala na pranje denarja (člen 6 Direktive 91/308/EGS, nadomeščen s členom 1(5) Direktive 2001/97/ES?“

II – Okvir nadzora veljavnosti

26. Za presojo veljavnosti sporne določbe z vidika prava Skupnosti je treba najprej natančno določiti normo, z vidika katere je to določbo treba preizkusiti. Cour d'arbitrage

se v predložitveni odločbi sklicuje na člen 6 EKČP v zvezi s pravico do poštenega sojenja in posledično na člen 6(2) EU.

javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom ustanovljeno sodišče.

[...]

27. Naj spomnim, da člen 6 EU določa:

[...]

„1. Unija temelji na načelih svobode, demokracije, spoštovanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravne države, na načelih, ki so skupna vsem državam članicam.

3. Kdor je obdolžen kaznivega dejanja, ima naslednje minimalne pravice:

[...]

2. Unija spoštuje temeljne pravice, kakršne zagotavlja [EKČP] in ki kot splošna načela prava Skupnosti izhajajo iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.“

- c. da se brani sam ali z zagovornikom po lastni izbiri ali če nima dovolj sredstev za plačilo zagovornika, da ga dobi brezplačno, če to zahtevajo interesi pravičnosti [...]

28. Člen 6 EKČP se glasi:

„1. Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in

29. Nekatero stranke v sporu vseeno predlagajo razširitev referenčnih norm za preizkus. Na eni strani naj bi bilo sklicevanje na člen 6 EKČP preozko in bi bilo treba razširiti preizkus skladnosti sporne določbe predvsem z vidika načela neodvisnosti odvetnikov, načela poklicne skrivnosti, dolžnosti

lojalnosti, načela pravic obrambe (pravica do pravne pomoči in privilegij zoper samoobtožbo) in načela sorazmernosti. Na drugi strani se CCBE sprašuje o upoštevnosti in veljavnosti pravnih podlag Direktive.

30. Po mnenju navedenih strank bi narava nadzora veljavnosti, določena v členu 234 ES, omogočala tako razširitev. V ta namen se opirajo na sodno prakso Sodišča, po kateri „pristojnost Sodišča, da na podlagi člena 177 Pogodbe [234 ES] odloča o veljavnosti aktov institucij Skupnosti, ni omejena z razlogi, na podlagi katerih bi bilo mogoče izpodbijati veljavnost teh aktov“.²⁴

31. Ta sodna praksa seveda ni sporna. Vendar nima pomena, ki ji ga pripisujejo navedene stranke. Sodišče s to trditvijo ne ugotavlja, da lahko svobodno in bistveno spremeni vsebino vprašanja veljavnosti, ki ga je postavilo predložitveno sodišče. Sodišče hoče samo poudariti, da se lahko njegov nadzor v tem okviru razširi na vse pravne razloge, ki omejujejo okvir nadzora zakonitosti, določenega v členu 230 ES. Vendar

ostaja načelo, da je treba veljavnost pravnega akta Skupnosti preučiti „v okviru vprašanja za predhodno odločanje“, ki mu je bilo postavljeno.²⁵

32. Nedvomno lahko tako opredeljena omejitev Sodišču ponuja določeno prožnost. Sodišče lahko vedno natančneje opredeli vsebino vprašanja za predhodno odločanje ob upoštevanju stališč strank v sporu o glavni stvari ali kot izhaja iz obrazložitve predložitvene odločbe.²⁶ Prav tako je treba priznati možnost, da se po uradni dolžnosti zunaj okvira postavljenega vprašanja preučijo nekatere bistvene kršitve.²⁷

33. Vendar se mi v obravnavanem primeru ne zdi koristno predlagati, naj Sodišče uporabi to prožnost. Glede dveh od navedenih očitkov je zadeva jasna. Glede izpodbijanja pravne podlage Direktive je jasno, da je to zunaj obsega in pomena postavljenega vprašanja. To se nanaša le na skladnost nekaterih določb Direktive s temeljnimi načeli pravnega reda Skupnosti, ne pa na pristojnost Skupnosti za njeno sprejetje. Načelo sorazmernosti pa je element uresničevanja in

24 — Glej zlasti sodbo z dne 16. junija 1998 v zadevi Racke (C-162/96, Recueil, str. I-3655, točka 26).

25 — Sodba z dne 28. oktobra 1982 v zadevi Dorca Marine in drugi (od 50/82 do 58/82, Recueil, str. 3949, točka 13).

26 — Sodbi z dne 10. januarja 1973 v zadevi Getreide Import (41/72, Recueil, str. 1, točka 2) in z dne 25. oktobra 1978 v zadevi Royal Scholten-Honig (103/77 in 145/77, Recueil, str. 2037, točki 16 in 17).

27 — Sodba z dne 18. februarja 1964 v zadevi Internationale Crediet- en Handelsvereniging (73/63 in 74/63, Recueil, str. 3, točka 28).

nadzora temeljnih pravic, priznanih v pravnem redu Skupnosti. Zato bo treba to načelo v vsakem primeru upoštevati v povezavi z izvajanjem teh pravic. Zato ni treba v ta namen razširiti okvira nadzora, ki ga predlaga predložitveno sodišče.

34. Pri drugih načelih, ki jih navajajo intervenienti, je drugače. Čeprav niso nepomembna v okviru postavljenega vprašanja, se ne zdi nujno, da bi jih analizirali ločeno, predvsem zaradi ekonomičnosti postopka. Ta načela je namreč mogoče združiti v eno načelo, in sicer v načelo poklicne skrivnosti odvetnikov. Obveznost obveščanja, določena s sporno direktivo, najbolj neposredno ogroža prav to načelo. In prav združljivost te obveznosti obveščanja z zahtevami po poklicni skrivnosti odvetnikov je bila razlog za vprašanje predložitvenega sodišča.

35. Zato se mi zdi primerno najprej ugotoviti, ali imajo te zahteve status splošnega načela ali temeljne pravice, ki jo ščiti pravni red Skupnosti. Če je tako, lahko ugotovimo, da člen 6(2) EU ponuja dovolj možnosti, da lahko odgovorimo na vse pomisleke, ki so jih izrazile stranke v sporu.

III – Temelji varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov

36. Če upoštevamo mnenje nekaterih intervenientov, se morda ne bi zdelo koristno ugotoviti, kateri natanko določen pravni vir potrjuje poklicno skrivnost odvetnikov. Ta ima vrednost „aksioma“.²⁸ Njeno sled bi bilo mogoče odkriti „v vseh demokracijah“ in v vseh obdobjih: tako v Svetem pismu, kot tudi v pisanih antične zgodovine in skozi stoletja. S tega vidika, če si poklicna skrivnost odvetnikov zasluži, da se jo prizna v pravnem redu Skupnosti, je to zato, ker ima korenine v temeljih evropske družbe.

37. Poleg tega je predlagano, naj se upoštevajo pravila, ki jih potrjujejo vse poklicne odvetniške zbornice v vseh državah članicah. Skrivnost naj bi bila značilna za odvetniški poklic. V vseh kodeksih odvetniške poklicne etike je po zgledu kodeksa poklicne etike evropskih odvetnikov, ki ga je CCBE²⁹ sprejel in ki v členu 2.3 o poklicni skrivnosti določa, da „je v sami naravi funkcije odvetnika, da hrani skrivnosti in zaupne izpovedi svoje stranke. Brez zagotovila zaupnosti

28 – Pisna stališča, ki sta jih predložila Ordre des barreaux francophones et germanophone in Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, str. 22.

29 – Ta kodeks je bil sprejet 28. oktobra 1988 in nazadnje spremenjen 19. maja 2006.

zaupanje ne more obstajati. Poklicna skrivnost je torej priznana kot temeljna in glavna pravica in dolžnost odvetnika.“ Pravilo poklicne skrivnosti se s tega stališča šteje kot obveznost diskretnosti, ki je del etike nekega poklica.

38. Da bi sprejela zahtevo po zaščiti Skupnosti, se sodna praksa Sodišča ne more zadovoljiti niti s socialnim aksiomom niti s poklicnim pravilom. Biti in morati biti sta dve zelo različni zadevi. Sodišče nedvomno ne more spregledati obstoja načela, ki je tako temeljno, da se zdi, da je univerzalno priznано. Vendar iz tega, da se zdi, da ima neko pravilo višjo vrednost v nekaterih družbenih ali zasebnih redih, ne izhaja, da mora biti potrjeno kot splošno načelo prava Skupnosti. Še vedno je treba ugotoviti, ali v tem redu obstaja avtonomen vir, ki zagotavlja njegovo zaščito.

39. Zato se lahko vprašamo, ali obstaja na tem področju ustavna tradicija, ki je skupna državam članicam. Kot je Sodišče opozorilo v zgoraj navedeni sodbi AM & S, mora „pravo Skupnosti, ki izhaja ne samo iz gospodarske, ampak tudi pravne prepletenosti držav članic, torej upoštevati načela in pojme, ki so skupni pravnim redom teh držav“. ³⁰ Primerjalna študija prava držav članic Unije kaže,

da poklicna skrivnost odvetnikov obstaja v večini teh držav, v katerih imajo položaj temeljnega načela in status pravila javnega reda.³¹ Vendar ista študija kaže, da se obseg in načini varovanja poklicne skrivnosti zelo razlikujejo med pravnimi redi. Zato se mi zdi, da se je treba, čeprav je treba različne nacionalne zakonodaje in sodne prakse upoštevati pri razlagi pojma poklicne skrivnosti odvetnikov, ob upoštevanju razhajanj in sprememb, ki vplivajo na uporabo tega načela v pravnih redih držav članic, obrniti bolj k drugemu viru varovanja.

40. Na podlagi ustaljene sodne prakse imajo temeljne pravice, potrjene z EKČP, v pravnem redu Skupnosti „poseben pomen“ in so sestavni del splošnih načel, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče.³² Iz tega ne izhaja nujno, da je obseg zaščite temeljnih pravic v pravnem redu Skupnosti enak obsegu zaščite, ki jo zagotavlja EKČP. Nasprotno pa v Skupnosti ne morejo biti sprejemljivi ukrepi, ki niso združljivi s spoštovanjem človekovih pravic, ki jih priznava EKČP.³³

31 — V tem smislu glej točko 182 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Légerja k zgoraj navedeni sodbi *Wouters* in drugi.

32 — Glej zlasti sodbo z dne 12. junija 2003 v zadevi *Schmidberger* (C-112/00, Recueil, str. I-5659, točka 71).

33 — Zgoraj navedena sodba *Schmidberger*, točka 73.

30 — Točka 18 zgoraj navedene sodbe AM & S.

41. Čeprav se EKČP ne sklicuje izrecno na poklicno skrivnost odvetnikov, vseeno vsebuje določbe, ki lahko zagotavljajo njeno varstvo. Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice v zvezi s tem ponuja dve različni možnosti. Na eni strani poklicna skrivnost odvetnikov zaradi okvira, v katerem se mora izvajati, izhaja iz pravice do poštenega sojenja, kot razlaga predložitveno sodišče. Evropsko sodišče je v sodbi Niemietz proti Nemčiji razsodilo, da pri odvetniku poseganje v poklicno skrivnost „lahko vpliva na dobro delovanje pravosodja in posledično na pravice, zagotovljene s členom 6“. ³⁴ Skrivnost je pogoj za zaupanje, ki spodbuja zaupnost in vodi do izražanja resnice in pravičnosti. Vendar se na drugi strani, ker je njen cilj varovati, zdi kot bistvena sestavina pravice do spoštovanja zasebnosti. ³⁵ Evropsko sodišče v sodbi Foxley proti Združenemu kraljestvu v tem smislu poudarja pomen, ki ga imata na podlagi člena 8 EKČP načeli zaupnosti in poklicne skrivnosti, ki sta povezani z odnosom med odvetnikom in njegovo stranko. ³⁶ Skrivnost varuje državljana pred nediskretnimi razkritji, ki bi lahko škodila njegovi moralni integriteti in ugledu.

42. Sodišče te sodne prakse ne more ignorirati. Imelo je priložnost poudariti, da mora

pri razlagi temeljnih pravic upoštevati sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice. ³⁷ Zato je mogoče obravnavati pravico do poštenega sojenja in spoštovanja zasebnosti kot dvojno podlago varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov v pravnem redu Skupnosti.

43. V teoriji izbira enega od teh dveh temeljev ni nepomembna. Naj namreč opozorim, da lahko povezava varovanja skrivnosti z eno ali drugo od teh pravic omogoči spreminjanje obsega tega varovanja. Utemeljevati skrivnost s pravico do poštenega sojenja implicitno pomeni omejevati njeno razširitev na „sodni in kvazisodni pravdni okvir“. Tako se je Sodišče odločilo v zgoraj navedeni sodbi AM & S. Iz te izbire je izhajalo, da je treba v okoliščinah obravnavanega primera korespondenco varovati samo v „okviru in za namene pravice do obrambe“. ³⁸ Na drugi strani odločitev za pravico do spoštovanja zasebnosti *a priori* pomeni razširitev varovanja na vse zaupne izjave, ki jih stranka zaupa strokovnjaku, ne glede na okoliščine, v katerih se ti odnosi razvijajo.

44. Vendar se mi v tej fazi analize taka izbira ne zdi primerna. Nasprotno, potrditev dvoj-

34 — Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Niemietz proti Nemčiji z dne 16. decembra 1992, točka 37.

35 — Glej po analogiji v zvezi z zdravniško molčečnostjo sodbo z dne 8. aprila 1992 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-62/90, Recueil, str. I-2575, točka 23).

36 — Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Foxley proti Združenemu kraljestvu z dne 29. septembra 2000, točka 44, in tudi sodba Kopp proti Švici z dne 25. marca 1998.

37 — Sodba z dne 29. junija 2006 v zadevi Komisija proti SGL Carbon (C-301/04 P, ZOdl., str. I-5915, točka 43).

38 — Točka 21 zgoraj navedene sodbe AM & S.

ne podlage je prednost, saj so tako pokrite vse skrbi intervenientov. Varovanje poklicne skrivnosti odvetnikov je načelo z dvema vidikoma, postopkovnim, ki izhaja iz temeljne pravice do pravičnega sojenja, in vsebinskim, ki izhaja iz temeljne pravice do spoštovanja zasebnosti. Postopkovnemu temelju je lahko priključiti pravice obrambe, pravico do pravne pomoči in privilegij zoper samoobtožbo.³⁹ Vsebinskemu temelju ustrežata zahteva, „da morajo vse osebe imeti možnost, da se svobodno obrnejo na odvetnika, čigar poklic obsega nalogo, da *neodvisno* daje pravne nasvete vsem, ki jih potrebujejo“,⁴⁰ in z njo tesno povezana zahteva po lojalnosti odvetnika do stranke. Načelo skrivnosti izvira iz posebnosti odvetniškega poklica.

45. Če obveznost obveščanja, predvidena s sporno določbo prava Skupnosti, postavlja pod vprašaj načela neodvisnosti odvetnika, pravic obrambe ali pravice do molka, je to le toliko, kolikor jih pokriva načelo poklicne skrivnosti odvetnikov. V tej zadevi se torej postavlja vprašanje, ali obveznost obveščanja,

ki jo sporna direktiva nalaga odvetnikom v Evropski uniji, krši to načelo, ki je zaščiteno s temeljnimi načeli pravnega reda Skupnosti.

46. Čeprav je treba po tej analizi priznati obstoj načela varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov v pravu Skupnosti, iz tega vseeno ni treba sklepati, da gre za absolutno posebno pravico, ki se priznava odvetniškemu poklicu.

IV – Meje varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov

47. V zvezi s pravico do varovanja zaupnosti sporočil med odvetnikom in njegovo stranko je generalni pravobranilec Warner že v okviru zadeve AM & S ugotovil, da „gre za pravico, ki jo zakonodaje civiliziranih držav na splošno priznavajo, pravico, ki je ni lahko zanikati, vendar ne za pravico, ki bi bila tako zaščitena, da v Skupnosti Svet ne bi mogel nikoli sprejemati take zakonodaje, v kateri bi lahko zanj določil izjemo ali jo spremenil“. ⁴¹ Enako gotovo velja za varovanje poklicne skrivnosti, kot sicer dokazuje preučitev upoštevne zakonodaje v vseh državah članicah Skupnosti. Ne moremo izključiti, da poklicna skrivnost izgine ob zahtevah višjega splošnega interesa v določenih konkretnih

39 — Glej člen 47 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah, ki kodificira sodno prakso Sodišča o pravicah v zvezi z dostopom do sodišča, in sodbo z dne 18. oktobra 1989 v zadevi Orken proti Komisiji (374/87, Recueil, str. 3283, točka 35).

40 — Točka 18 zgoraj navedene sodbe AM & S (moj poudarek).

41 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Warnerja v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba AM & S, str. 1637.

okolščinah. Posledično določbe, ki se obravnava v tej zadevi, ni mogoče šteti kot neveljavne samo zato, ker določa nekatere omejitve poklicne skrivnosti odvetnikov. Treba je še preveriti, ali tako določene omejitve upoštevajo pravila o omejitvah pravic, na katerih temelji poklicna skrivnost odvetnikov v pravu Skupnosti. Če vplivajo na zagotavljanje pravic, zaščiteneh s pravnim redom Skupnosti, morajo biti take omejitve strogo urejene in upravičene.

ne more biti zadostna pravna podlaga za nastanek pravic, ki bi jih lahko posamezniki neposredno uveljavljali, vseeno ni brez vsakršnega učinka kot merilo razlage instrumentov zaščite pravic, navedenih v členu 6(2) EU. S tega vidika ima lahko ta listina dvojno funkcijo. Prvič, ustvari lahko domnevo obstoja pravice, katere obstoj bo torej moral biti potrjen v skupnih ustavnih tradicijah, ki so skupne državam članicam ali v določbah EKČP. Drugič, kadar je neka pravica opredeljena kot temeljna pravica, ki jo varuje pravni red Skupnosti, Listina nudi posebno koristen instrument za določitev vsebine, področja uporabe in obsega, ki jih je treba dati tej pravici. Naj poleg tega spomnim, da se določbe Listine, katerih priprava temelji na postopku obsežne razprave na evropski ravni, v veliki meri ujemajo s kodifikacijo sodne prakse Sodišča.

48. Za preizkus utemeljenosti omejitev, ki jih izpodbijajo tožeče stranke, predlagam uporabo okvira za analizo iz Listine Evropske unije o temeljnih pravicah. Kot je Sodišče imelo priložnost potrditi, čeprav ta listina „ni pravno zavezujoč instrument“, je njen glavni cilj, „kot izhaja iz njene preambule, [...] potrditi pravice, kot izhajajo zlasti iz skupnih ustavnih tradicij in mednarodnih obveznosti držav članic, Pogodbe o Evropski uniji in pogodb Skupnosti, [EKČP], socialnih listin, ki sta jih sprejela Unija in Svet Evrope, ter sodne prakse Sodišča [...] in Evropskega sodišča za človekove pravice“.⁴² Iz tega odlomka izhaja, da čeprav navedena listina

49. V tem okviru mora Sodišče preveriti, ali omejitve, ki jih vzpostavlja sporna določba Direktive, ne omejujejo varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov tako ali toliko, da to vpliva na njeno bistvo, in ali so te omejitve namenjene cilju v splošnem interesu, ki ga

42 — Sodba z dne 27. junija 2006 v zadevi Parlament proti Svetu (C-540/03, ZOdl., str. I-5769, točka 38).

priznava Unija, ter ali so skladne z navedenim ciljem.⁴³

A – Ali sporna določba vpliva na bistvo poklicne skrivnosti odvetnikov?

50. Zaščititi bistvo temeljne pravice pomeni zagotoviti tako zaščito te pravice, ki bo najbolj združljiva z bistvom drugih temeljnih pravic oziroma opredeliti okoliščine in pogoje, v katerih ta pravica zahteva okrepljeno zaščito.

51. Težava v tej zadevi je določiti okoliščine in pogoje, v katerih poklicne skrivnosti odvetnikov ni mogoče omejiti. Prav o tem vprašanju se razlage strank najbolj razlikujejo.

52. Komisija po eni strani meni, da se bistvo poklicne skrivnosti odvetnikov v celoti na-

haja na „sodnem“ področju. Da bi lahko priznali, da ta skrivnost uživa zaščito, je treba ugotoviti povezavo s postopkom. Ta skrivnost je varovana samo v okviru postopka ali vsaj sodnega ali kvazisodnega postopka. Tako bi bilo treba razlagati tudi zgoraj navedeno sodbo Sodišča v zadevi AM & S, torej, kot da zahteva „povezavo“ s sodnim postopkom. S tega stališča Direktiva s tem, ko omejuje varovanje poklicne skrivnosti odvetnikov na okvir sodnih postopkov, ne vzbujajo nobene kritike.

53. Na nasprotni strani so stranke, ki predstavljajo odvetniške zbornice, ki menijo, da naj bi bilo pravilo poklicne skrivnosti neločljivo povezano z odvetniškim poklicem in da daje temu poseben status in dostojanstvo. Odvetnik bi moral biti v vsakem primeru edini, ki odloča o omejitvah, ki se jih lahko določi za to skrivnost. Omejiti obseg poklicne skrivnosti na eno od njegovih dejavnosti bi bilo hkrati v nasprotju s temeljnimi načeli in nemogoče izvajati v praksi, ker so navedene dejavnosti zapletene in neločljivo povezane. S tega stališča je jasno, da bi Direktiva s tem, ko zahteva izdajo skrivnosti v nekaterih dejavnostih, ki jih opravljajo odvetniki, kršila temeljne pravice.

54. Ti razlagi, ki nista združljivi, imata vseeno skupno točko, iz katere je treba izhajati. Vse stranke se namreč strinjajo, da

43 — V členu 52(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah je določeno, da „[k]lavrsko koli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, mora biti predpisano s zakonom in spoštovati bistveno vsebino teh pravic in svoboščin. Ob upoštevanju načela sorazmernosti so omejitve dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko izpolnjujejo cilje v splošnem interesu, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih“.

je bistvo poklicne skrivnosti odvetnikov v zaupnem odnosu, ki mora obstajati med stranko in odvetnikom.⁴⁴ Ohranitev takega odnosa ima v resnici dvojno korist. Najprej je koristen za stranko kot imetnika skrivnosti, ki je tako lahko prepričana, da jo zaupa tretji osebi, ki ji lahko zaupa, to je svojemu odvetniku. Koristen je tudi za celotno družbo, ker s spodbujanjem poznavanja prava in uresničevanja pravic do obrambe sodeluje pri dobrem delovanju pravosodja in razkritju resnice. Vendar je ta odnos šibak. Razvijati se mora v zaščitenem okviru. V tej zadevi je torej pomembno, da skrbno opredelimo meje tega okvira. Ta ne sme biti preozek, ker bi sicer uničil pogoje pravega zaupnega odnosa med odvetnikom in njegovo stranko. Vendar po drugi strani ne sme biti preširok, ker bi skrivnost lahko postala samo značilnost odvetniškega poklica. Poklicne skrivnosti si odvetniki ne morejo lastiti. Bolje bi jo bilo obravnavati kot vrednoto in dolžnost. Po besedah lorda Denninga privilegij, ki izhaja iz te skrivnosti, „ni privilegij odvetnika, temveč njegove stranke“.⁴⁵ Ta privilegij ima smisel samo, če služi interesu pravice in spoštovanju zakona. Odvetniku je zaupan samo zaradi njegovega statusa subjekta v pravosodju.

55. Poleg tega v tej zadevi obstaja točka, ki jo nihče ne izpodbija. Vse stranke se strinjajo,

44 – Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Wouters in drugi, točka 182.

45 – Lord Denning, *The Due Process of Law*, Butterworths, London, 1980, str. 29.

da mora poklicna skrivnost uživati okrepjeno zaščito v okviru zastopanja in obrambe stranke. V tem okviru imajo namreč, kot je opozoril generalni pravobranilec Léger v sklepnih predlogih k zadevi Wouters in drugi, „odvetniki [...] osrednjo vlogo v delovanju sodnega sistema kot posredniki med posamezniki in sodišči“.⁴⁶ Torej ni naključje, da jih Sodišče opredeljuje kot „pomočnike“ in „sodelavce sodstva“.⁴⁷

56. Spor se torej osredotoča na vprašanje, ali si taka zaščita zasluži razširitev onkraj strogega okvira nujnosti zastopanja in obrambe ter do kje jo je treba razširiti. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je položaj, ki prevladuje v zakonodajah različnih držav članic, protisloven.

57. Na prvi pogled se zdi, da sprejema sporna direktiva vmesno stališče. Parlament je ob preučitvi predloga direktive, ki ga je predložila Komisija, želel izrecno razširiti odstopanje na dejavnost pravnega svetovanja. Kot sem že opozoril, ta predlog ni bil sprejet. Sprejeta direktiva v členu 6(3), drugi

46 – Točka 174 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca.

47 – Sodba z dne 3. decembra 1974 v zadevi Van Binsbergen (33/74, Recueil, str. 1299, točka 14) in zgoraj navedena sodba AM & S, točka 24.

pododstavek, določa samo, da odvetniki niso dolžni obveščati, ne samo „ko branijo ali zastopajo svojo stranko v [...] postopk[u]“, ampak tudi „med ugotavljanjem nj[en]ega pravnega položaja“. Ta zadnji izraz zahteva razlago. O tem priča različno stanje nacionalnih zakonodaj, ki so prenesle to določbo.⁴⁸

58. Da bi odgovorili na vprašanje o veljavnosti, ki ga je postavilo predložitveno sodišče, je treba najprej pojasniti pomen tega pojma.

1. Pojem „ugotavljanje pravnega položaja stranke“

59. Komisija meni, da razlaga tega pojma ni v nobenem primeru pomembna za ugotovitev veljavnosti Direktive. Ker poklicna skrivnost odvetnikov praviloma zadeva samo njihove sodne in kvazisodne dejavnosti, je

dovolj ugotoviti, ali jih Direktiva oprošča vsakršne obveznosti obveščanja. Povedano drugače, tudi če bi za ugotavljanje pravnega položaja veljala obveznost prijave, bi bilo treba Direktivo šteti za veljavno. Odvetniške zbornice, ki so bile zastopane na obravnavi, nasprotno menijo, da poklicna skrivnost pokriva tudi svetovanje. Torej predlagajo, naj se sprejme širša razlaga pojma ugotavljanja pravnega položaja stranke. Če bi bilo ugotovljeno, da sporna določba ne zajema pojma svetovanja, bi jo bilo treba šteti za neveljavno.

60. Menim, da načelo poklicne skrivnosti pokriva, kot trdijo odvetniške zbornice intervenientke, pravno svetovanje. Razlog je dvojen in temelji hkrati na načelnih in praktičnih ugotovitvah. Načeloma je treba upoštevati „temeljno nujnost, da se lahko vsakdo v civilizirani družbi posvetuje s svojim odvetnikom, da bi dobil nasvet ali pomoč ter da bi ga ta zastopal, ko se začne postopek“. ⁴⁹ Vsak odvetnik, ki je zastopnik in zagovornik, ima tudi bistveno dolžnost pomoči in svetovanja. S tem zagotavlja ne samo dostop do sodišča, ampak tudi dostop do pravnega varstva. Vendar to zadnje zagotovilo ni manj dragoceno od prvega v tako zapleteni družbi, kot je evropska. Možnost

48 — Številne države članice so dobesedno prenesle določbe Direktive. Nekatere države članice so se odločile, da se bodo pri prenosu izrecno sklicevale na dejavnost pravnega svetovanja: tako je v nemškem (člen 11(3), prvi stavek, Geldwäschekämpfungsgesetz), francoskem (člen 562-2-1 monetarnega in finančnega zakonika), grškem (člen 2a(1)(β) zakona 2331/1995, spremenjen s členom 4 zakona 3424/2005) in britanskem pravu (Proceeds of Crime Act 2002, člen 330(6) in (10)). Končno, nekatere države so nameravale izključiti pravno svetovanje iz obsega izjeme, predvidene v členu 6(3), drugi pododstavek, Direktive, ker ni povezano s sodnim postopkom – tako je na Finskem (Rahanpesulaki, člen 3(18)) in Poljskem (člen 11(5) zakona z dne 16. novembra 2000, spremenjen z zakonom z dne 5. marca 2004).

49 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Slynna v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba AM & S, str. 1654.

vsakega državljana, da lahko dobi neodvisen nasvet zato, da se seznanijo s stanjem prava, ki ureja njegov posamični položaj, je bistveno zagotovilo pravne države. V teh okoliščinah je treba sporazum o zaupanju, ki zagotavlja varovanje skrivnosti, razširiti na okvir odnosov pravne pomoči in svetovanja.⁵⁰ Taka razširitev je poleg tega v skladu z razvojem sodne prakse Sodišča. Sodišče je v sodbi AM & S izrecno opozorilo, kako pomembno je, da lahko stranke dobijo neodvisne pravne nasvete in pravno pomoč.⁵¹

61. V vsakem primeru se zdi v praksi v okviru opravljanja naloge, ki je naložena pravnemu strokovnjaku, težko razlikovati med časom svetovanja in časom zastopanja. Če bi bilo treba vsakič, ko bi to zahtevalo uresničevanje ciljev Direktive, razlikovati med tema časoma, bi zaradi tega gotovo trpel zaupen odnos, ki obstaja med strokovnjakom in njegovo stranko.

62. Iz te analize je razvidno, da je treba okrepljeno zaščito, ki jo uživa poklicna skrivnost odvetnikov, razširiti na naloge zastopanja, obrambe ter pravne pomoči in svetovanja. Zato predlagam, naj velja, da odvetniku pri opravljanju teh nalog ni

mogoče naložiti nobene obveznosti obveščanja, povezane z bojem proti pranju denarja. Vsako tako poseganje bi bilo treba šteti za poseganje v bistvo pravic, zaščiteneh s pravnim redom Skupnosti.

63. Ali je besedilo, uporabljeno v sporni določbi Direktive, ki se obravnava v tem primeru, združljivo s tako analizo? Naj spomnim, da Sodišče stalno razsoja, da „kadar je mogoče akt sekundarnega prava Skupnosti razlagati na več načinov, je treba dati prednost tisti razlagi, po kateri je določba skladna s Pogodbo, in ne tisti, s katero se ugotovi njena nezdržljivost s Pogodbo“.⁵² V obravnavanem primeru se mi zdi, da je mogoče pojem „ugotavljanje pravnega položaja stranke“, ki je bil uporabljen v Direktivi, zlahka razumeti, kot da zajema pojem pravnega svetovanja. Tako branje je v skladu s spoštovanjem temeljnih pravic in načel pravne države, zaščiteneh s pravnim redom Skupnosti. Poleg tega je v skladu s sedemnajsto uvodno izjavo Direktive, ki določa, da je praviloma „pravno svetovanje [...] še vedno zaščiteno z institutom poklicne skrivnosti“. Posledično predlagam, da se člen 6(3), drugi pododstavek, Direktive razlaga tako, da odvetnike pri opravljanju dejavnosti pravnega svetovanja, oprošča vsakršne obveznosti obveščanja.

50 — *Ibidem*, str. 1655.

51 — Točki 18 in 21 zgoraj navedene sodbe AM & S.

52 — Sodbi z dne 13. decembra 1983 v zadevi Komisija proti Svetu (218/82, Recueil, str. 4063, točka 15) in z dne 29. junija 1995 v zadevi Španija proti Komisiji (C-135/93, Recueil, str. I-1651, točka 37).

64. Vseeno je treba še preveriti, ali so določbe Direktive v vseh točkah skladne s to razlago. Odvetniške zbornice trdijo, da Direktiva s tem, ko določa obveznost obveščanja za dejavnosti, navedene v členu 2a, točka 5, krši tako razloženo načelo poklicne skrivnosti. Menijo namreč, da mora odvetnik v vseh dejavnostih analizirati in ugotoviti pravni položaj stranke. V teh okoliščinah ne bi bilo primerno izključiti varovanja skrivnosti v okviru teh dejavnosti.

65. Treba je priznati, da je lahko v praksi težko razlikovati med pravnimi in „zunajpravnimi“ dejavnostmi odvetnikov. Vendar se mi ne zdi nemogoče oblikovati jasnega merila, na podlagi katerega bi bilo mogoče ločevati primere, v katerih odvetnik, ki deluje „kot odvetnik“, uživa varovanje poklicne skrivnosti, in primere, v katerih tega varovanja ni treba izvajati. Po mojem mnenju se lahko samo pod tem pogojem ohrani ravnotežje med zahtevo po varovanju zaupanja, ki obstaja med odvetnikom in njegovo stranko, ter zahtevo po zaščiti splošnih interesov družbe, ob spoštovanju pravic, zaščitening s pravnim redom Skupnosti. Poleg tega se mi zdi težko upravičiti razširitev poklicne skrivnosti odvetnikov samo na podlagi praktične težave in brez upoštevanja dejstva, da odvetniški poklic danes zajema dejavnosti, ki presegajo posebne naloge zastopanja in svetovanja.

2. Razlikovalno merilo za dejavnost, zaščiteno s poklicno skrivnostjo

66. Intervenienti so na obravnavi na Sodišču predlagali različna razlikovalna merila. Svet je predlagal, da se kot podlago vzame materialno naravo dejavnosti, za katero velja obveznost prijave. Po drugi strani v pisnih stališčih meni, da je treba upoštevati merilo dejavne udeležbe odvetnikov pri izvajanju zadevnih transakcij. To je tudi stališče, ki ga je na obravnavi podprl Parlament: povsem mogoče bi bilo razlikovati med svetovanjem in udeležbo v imenu ter za račun stranke. Italijanska vlada pa trdi, da bi bilo treba zaščititi samo neodvisno zagotovljeno svetovanje.

67. Odvetniške zbornice, zastopane na obravnavi, so ob teh analizah priznale, da bi bile dejavnosti iz člena 2a, točka 5, namreč lahko predmet razlikovanja. Čeprav je res, da je posledica dejavnosti zastopanja iz točke (b) izničenje vsakršne razlike med interesi odvetnika in interesi njegove stranke, tako da prvi izgubi svojo neodvisnost, to ne velja za dejavnosti pomoči iz točke (a), ki zahtevajo spoštovanje odvetnikove neodvisnosti.

68. Zdi se torej, da so se *a priori* nasprotna stališča različnih strank v sporu zblížala. Zdelo se je, da se oblikuje soglasje o tem, da je treba omejiti poklicno skrivnost na

področje pristojnosti, ki je značilno za odvetnike. Iz tega sledi, da je razlika v stališčih omejena.

69. Menim, da bi bilo tvegano, če bi želeli razlikovati glede na stopnjo vpletenosti odvetnika v zadevno transakcijo. Ne vidim dobro, zakaj si dejavnost pomoči bolj kot dejavnost zastopanja zasluži posebno zaščito, če ni dokazano, da se ta dejavnost izvaja popolnoma neodvisno. Bolj kot dejavnost, ki se izvaja, je pomemben način, kako se ta dejavnost izvaja.

70. Ni sporno, da se od odvetnika v vseh primerih, v katerih nastopa, lahko zahteva, da ugotovi pravni položaj svoje stranke. Vendar gre lahko ta ugotovitev v različne smeri. Eno je določiti okvir in pravne posledice načrtovane transakcije, drugo pa je opraviti oceno za izbiro najboljše strategije v interesu stranke za izvedbo dejanja ali ekonomske oziroma poslovne transakcije. Če je cilj ocene samo pomagati stranki pri organizaciji njenih dejavnosti „ob spoštovanju zakona“ in podrediti njene cilje pravnim pravilom⁵³, jo je treba šteti za dejavnost svetovanja in jo oprostiti vsakršne obveznosti obveščanja, ne glede na okoliščine, v katerih

se opravi. Nasprotno pa, če je bistveni cilj ocene izvesti ali pripraviti poslovno oziroma finančno transakcijo in če je odvisna od navodil stranke, da se predvsem najde ekonomsko najugodnejša rešitev, odvetnik deluje samo še kot „poslovnež“, ki svoje sposobnosti v celoti uporablja za nepravno dejavnost, zato ni treba uporabiti poklicne skrivnosti. V prvem primeru lahko rečemo, da odvetnik deluje ne samo v interesu svoje stranke, ampak tudi v interesu prava. V drugem primeru prevladuje samo interes stranke. V tem primeru odvetnik ne deluje kot neodvisni odvetnik, ampak je v enakem položaju kot finančni svetovalec ali pravnik v podjetju.

71. Vendar priznajmo, da je razlikovanje med tema vrstama položajev težko opredeliti. Splošna opredelitev, kakršna se v tej zadevi zahteva od Sodišča, ne more rešiti vseh praktičnih težav, ki jih taka opredelitev lahko povzroči. Najboljše, kar lahko Sodišče stori v tem primeru, je, da ponudi vse elemente razlage, s katerimi razpolaga, da bi vodilo izvajanje akta s strani pristojnih nacionalnih organov. Poleg tega opozarjam, da so druga sodišča sprejela podoben pristop, ne da bi ta povzročil posebne težave pri izvajanju. V teh

⁵³ — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Légerja v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Wouters in drugi, točka 174.

zadevah ta sodišča zahtevajo, da se od primera do primera analizira status, na podlagi katerega deluje odvetnik.⁵⁴

Direktivo 2001/97, če se ju seveda razlaga, kot da izključujeta vsakršno obveznost obveščanja v okviru pravnih dejavnosti zastopanja in svetovanja odvetnikov. Predvsem bo treba oprostiti take obveznosti nasvete, ki jih odvetnik nudi, da bi pomagal stranki organizirati njene dejavnosti „ob spoštovanju zakona“.

72. Ob upoštevanju temeljne narave varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov je upravičeno domnevati, da odvetnik deluje v okviru svojega statusa svetovalca in zagovornika. Samo če se izkaže, da je opravljal nalogo, ki postavlja pod vprašaj njegovo neodvisnost, bo treba sklepati, da lahko zanj velja obveznost obveščanja, določena z Direktivo. To bo treba presoditi glede na posamezen primer ob zagotovitvi sodnega nadzora.

74. Ni dovolj priznati, da je zunaj teh primerov, v katerih je vsakršna obveznost obveščanja izključena, mogoče omejiti poklicno skrivnost odvetnikov. Treba se je tudi vprašati, ali te omejitve zasledujejo legitimni cilj v splošnem interesu in ali so sorazmerne z zasledovanjem tega cilja.

3. Vmesni predlog

73. Celotna zgornja analiza ni razkrila nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče razveljaviti člena 2a, točka 5, in 6 Direktive 91/308, kot je bila spremenjena z

B – *Ali omejitve varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov zasledujejo cilj v splošnem interesu?*

54 – V tem smislu glej sodbe iz ameriške sodne prakse: In re Grand Jury Investigation (Schroeder), 842 F.2d 1223, 1225 (11th Cir. 1987); Združene države proti Davisu, 636 F.2d at 1043; Združene države proti Horvathu, 731 F.2d 557, 561 (8th Cir. 1984); Upjohn Co. proti Združenim državam, 449 U. S. 383 (1981), glej tudi sodbo 87/1997 italijanskega ustavnega sodišča z dne 8. aprila 1997 (GURI z dne 16. aprila 1997) in tudi odločbo House of Lords: Three Rivers District Council in drugi proti Governor and Company of the Bank of England, (2004) UKHL 48. Lord Scott of Foscote je v tej odločbi poleg tega navedel: „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. Zdi se, da samo ena stranka pred Sodiščem dvomi o zakonitosti cilja, ki ga zasleduje sporna direktiva. Po mnenju Ordre des avocats du barreau de Liège se skrivnost lahko opusti samo pred višjimi interesi, ki se nanašajo na varovanje človekovega življenja.

76. To stališče ni utemeljeno. Prvič, nikakor se mi ne zdi nemogoče, da so zahteve, ki niso povezane z ohranitvijo človekovega življenja, lahko legitimni cilji, ki lahko upravičijo omejitve poklicne skrivnosti. Drugič, v boju proti pranju denarja je dovoljeno videti cilj, ki je vreden prizadevanja Skupnosti.

interesu, ki upravičuje opustitev poklicne skrivnosti odvetnikov, če ta opustitev ne vpliva na bistvene dejavnosti odvetnika, kot so bile opredeljene zgoraj. Nazadnje je treba še preveriti, ali tako predvidene omejitve upoštevajo načelo sorazmernosti.

77. Iz prve uvodne izjave Direktive 91/308 izhaja, da je njen cilj preprečiti, da bi uporaba kreditnih in finančnih ustanov za pranje premoženjskih koristi, pridobljenih s kaznivimi dejanji, resno ogrozila zanesljivost finančnega sistema in vplivala na zaupanje javnosti do tega sistema v celoti. Res je, da ima pranje denarja potencialno uničujoč učinek na gospodarske, politične in družbene sisteme držav članic. Želja po razširitvi tega cilja na pravne strokovnjake se ne zdi nezakonita, če se upošteva, da ti lahko opravljajo številne zelo različne dejavnosti, ki močno presegajo okvir pravnega svetovanja in zastopanja. V teh okoliščinah se pojavlja tveganje, da bi odvetniki po zgledu drugih poklicev postali „vratarji“, ki osebam, ki perejo denar, omogočajo doseganje njihovih nezakonitih ciljev.

C – Ali omejitve varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov upoštevajo načelo sorazmernosti?

79. Na podlagi načela sorazmernosti se lahko poklicna skrivnost odvetnikov omeji samo, če so te omejitve nujne. CCBE in OFBG v obravnavanem primeru izpodbijata nujnost obveznosti obveščanja. Ugotavljata, da je zasledovani cilj mogoče doseči s sredstvi, ki manj škodijo skrivnosti, kot so postopki z disciplinskimi in s kazenskimi sankcijami. Poleg tega bi bilo dejstvo, da za druge strokovnjake, ki so udeleženi pri tveganih transakcijah, velja obveznost prijave, zadostno zagotovilo za uresničitev zasledovanega cilja.

78. V teh okoliščinah se lahko cilj boja proti pranju denarja obravnava kot cilj v splošnem

80. Ta utemeljitev ni prepričljiva. Po eni strani ni sporno, da opisani postopki ne

opravljajo iste funkcije kot obveznost obveščanja. Ti postopki namreč zadevajo samo kaznovanje nezakonitega ravnanja, medtem ko je namen obveznosti obveščanja samo opozoriti pristojne organe o dejstvih, ki bi lahko kazala na pranje denarja, ne da bi bil avtor prijave udeležen pri storitvi nezakonitih dejanj. Ker zasledujeta različne cilje, teh dveh sredstev ni mogoče izenačiti za namene boja proti pranju denarja. Po drugi strani dejstvo, da ista obveznost velja za druge udeležence, v ničemer ne vpliva na to, da je to obveznost nujno treba naložiti tudi pravnim strokovnjakom, če se izkaže, da so neposredno vpleteni v tvegane transakcije. Zato lahko priznamo, da je določba, ki predvideva uporabo take obveznosti za pravne strokovnjake, lahko potrebna v okviru organiziranega boja proti pranju denarja.

vanjo samo v izrednih primerih ter ob ustreznih in zadostnih jamstvih, da ne bo prišlo do zlorab.⁵⁵

82. V zvezi s tem je treba poudariti, da sporno obveznost spremljajo nekatera jamstva, ki upoštevajo posebnost odvetniškega poklica. Direktiva v ta namen predvideva dve vrsti jamstev. Prvič, države članice lahko na podlagi člena 6(3), prvi pododstavek, imenujejo ustrezen samoregulativni organ omejenjene stroke kot pristojni organ, ki se ga obvesti pri prijavi. Ta organ ima na neki način funkcijo filtra in nadzora, tako da se lahko ohrani obveznost poklicne diskretnosti, ki jo imajo odvetniki do svojih strank. Drugič, Direktiva v členu 8 določa, da imajo države članice možnost, da odvetnikom ne naložijo prepovedi, da strankam razkrijejo, da so bili podatki poslani pristojnim organom na podlagi Direktive. Tako je omogočena ohranitev zaupnega in lojalnega odnosa s strankami, ki je pogoj za opravljanje odvetniškega poklica. Ta jamstva je treba obravnavati kot ustrezna in učinkovita za varovanje integritete odnosa med odvetniki in njihovimi strankami.

81. Dejstvo ostaja, da je poklicna skrivnost odvetnikov temeljno načelo, ki neposredno zadeva pravico do poštenega sojenja in spoštovanja zasebnosti. Zato se lahko posega

55 — Glej po analogiji sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice v zadevi Erdem proti Nemčiji z dne 5. julija 2001, točka 65.

V – Predlog

83. Glede na zgornje ugotovitve predlagam Sodišču, naj na vprašanje, ki ga je postavilo Cour d'arbitrage, odgovori:

Člena 2a, točka 5, in 6 Direktive Sveta 91/308/EGS z dne 10. junija 1991 o preprečevanju uporabe finančnega sistema za pranje denarja, kot je bila spremenjena z Direktivo 2001/97/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 4. decembra 2001, veljata, če se ju v skladu s sedemnajsto uvodno izjavo navedene direktive in ob spoštovanju temeljnih pravic do varovanja poklicne skrivnosti odvetnikov razlaga tako, da je treba dovoliti izjemo od obveznosti posredovanja podatkov, pridobljenih pred sodnim postopkom, med njim in po njem ali med pravnim svetovanjem.