

# De Europese Witwasrichtlijn en de erosie van het verschoningsrecht

## Citation for published version (APA):

Spronken, T. N. B. M. (2002). De Europese Witwasrichtlijn en de erosie van het verschoningsrecht. In *Iets bijzonders, Liber amicorum aangeboden aan Mischa Wladimiroff* (pp. 1-15). Sdu Uitgevers.

## Document status and date:

Published: 01/01/2002

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# DE EUROPESE WITWASRICHTLIJN EN DE EROSIE VAN HET VERSCHONINGSRECHT

*Mr. Taru Spronken\**

## Inleiding

Het professionele verschoningsrecht werd in de Nederlandse samenleving tot voor kort beschouwd als een recht waaraan het belang van de waarheidsvinding ondergeschikt was. De vervulling van de maatschappelijke functie van de verschoningsgerechtigde had een hogere prioriteit. Iedere burger moest zich tot een advocaat kunnen wenden, zonder bang te hoeven zijn dat hetgeen hij deze toevertrouwde naar buiten toe zou komen of tegen hem zou kunnen worden gebruikt.<sup>1</sup>

Voorgaande regels zijn geschreven in de verleden tijd. Het lijkt er inderdaad op dat het verschoningsrecht zijn primaat heeft verloren. Dit blijkt onder andere uit de aanvaarding van de aanpassing van de Europese witwasrichtlijn op 4 december 2001.<sup>2</sup> Hierbij is de meldplicht van ongebruikelijke transacties uitgebreid tot de vrije beroepsuitoefenaren waaronder ook advocaten. Dit leidt tot de absurde situatie dat advocaten in Nederland (nu nog) zijn vrijgesteld van de aangifteplicht bij de kennisgeving van ernstige misdrijven zoals misdrijven tegen de veiligheid van de staat, moord, mensenroof of verkrachting,<sup>3</sup> maar een meldplicht hebben als cliënten hen om juridisch of financieel-economisch advies vragen over bijvoorbeeld het beheren van geld of effecten of het oprichten van rechtspersonen en zij het vermoeden krijgen dat dit advies gevraagd wordt om criminele gelden wit te wassen.

In deze bijdrage wordt eerst beschreven hoe het zover heeft kunnen komen en wordt vervolgens geïnventariseerd wat de consequenties zijn van de nieuwe meldplicht.

\* Advocaat bij de advocatenpraktijk universiteit Maastricht en universitair docent bij de capaciteitsgroep Strafrecht en Criminologie van de universiteit Maastricht.

1. In HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 spreekt de Hoge Raad van “een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden”.
2. Richtlijn 2001/97/EG, PbEG L 344, 28 december 2001, p. 76.
3. Art. 137 Sr en art. 160 lid 2 Sv.

## Advocaten als consiglieri van de georganiseerde criminaliteit?

De oorzaak advocaten te onderwerpen aan een meldplicht inzake ongebruikelijke transacties moet worden gezocht in de intensivering van de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit – met name de drugshandel – in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw. Deze georganiseerde criminaliteit zou de legale economie corrumperen door de enorme hoeveelheden crimineel geld die in de ‘bovenwereld’ zouden worden geïnvesteerd en dus witgewassen.<sup>4</sup> Hierdoor zijn veel internationale initiatieven genomen om wederrechtelijk verkregen voordeel te ontnemen en om witwassen van criminele gelden tegen te gaan.<sup>5</sup> Deze internationale regelingen hebben geleid tot de Wet identificatie financiële dienstverlening (Wet WIF),<sup>6</sup> de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT)<sup>7</sup> en de Plukze-wetgeving.<sup>8</sup> Voor de strafbaarstelling van witwassen werd aanvankelijk de helingsbepaling gewijzigd<sup>9</sup> en recentelijk is witwassen in een afzonderlijke strafbepaling vastgelegd.<sup>10</sup>

De meldplicht van ongebruikelijke transacties gold aanvankelijk alleen voor de financiële instellingen die een belangrijke poort voor de overgang van het illegale naar het legale geldcircuit vormden. In het kader van de implementatie van Witwasrichtlijn van 10 juni 1991 gingen in EG verband al in een vroeg stadium stemmen op om ook advocaten onder de meldplicht te brengen. Omdat de financiële

4. Zie bijvoorbeeld P.C. van Duyne, J.M. Reijntjes en C.D. Schaap (red.), *Misdaadgeld*, Arnhem 1993 en M.S. Groenhuijsen en D. Van der Landen, *Strafbaarstelling van witwassen, meldplichten en underground banking*, in: DD 2000, p. 989-1011.
5. De belangrijkste internationale regelingen zijn:
  - het VN-Verdrag tegen sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen van 20 december 1988 (Trb. 1989, 97, Verdrag van Wenen);
  - Verdrag van de Raad van Europa inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en confiscatie van opbrengsten van misdrijven van 8 november 1990 (European Treaty Series, No. 141, Verdrag van Straatsburg);
  - Richtlijn van de Raad van Europese Gemeenschappen van 10 juni 1991 (91/308/EEG), PB EG 1991, nr. L 166/77 en de Aanbeveling Raad van Europa van 27 juni 1980, Recommendation nr. R (80) 10 inzake “measures against the transfer and the safekeeping of funds of criminal origin”. Zie voor een meer gedetailleerde beschrijving en nadere bronnen: V. Mul en C.D. Schaap, *Advocaat en criminaliteit: de internationaliteit*, in: Trema 1995, p. 299-280; Th. Akse, J. Janse, J. van Wijk, H. de Miranda, C. Klöckner, *What’s the colour of money*, Korps landelijke politiediensten, divisie CRI/FINPOL, oktober 1994; D.R. Doorenbos, *Het criminaliseren van money laundering als communautaire verplichting*, in: DD 1993, p. 351-359 en C.D. Schaap, *Heling getoetst*, Deventer 1999, m.n. p. 151-206.
6. Stb. 1993, 704.
7. Stb. 1993, 705.
8. Stb. 1993, 11.
9. Stb. 1991, 59.
10. Art. 420bis-420quinquies Sr, Wet van 6 december 2001, Stb. 2001, 606.

instellingen door de meldplicht minder aantrekkelijk waren geworden voor witwasactiviteiten, werd verondersteld dat de georganiseerde criminaliteit in toenemende mate zou uitwijken naar andere sectoren, waaronder juridische dienstverleners zoals advocaten en notarissen, wier beroepsgeheim een aantrekkelijke buffer zouden vormen tegen strafrechtelijk en fiscaal onderzoek.<sup>11</sup>

De advocatuur werd niet alleen op Europees niveau als kwetsbare beroepsgroep beschouwd en in verband gebracht met de georganiseerde criminaliteit. Ook in Nederland was al langer een negatieve beeldvorming over de advocatuur aan het ontstaan. Dit is beeldend verwoord door dr. P.C. van Duyn, toen nog senior-onderzoeker bij het WODC, die in 1989 over de advocatuur zegt:

“Als er een beroepsgroep is waar de georganiseerde en bedrijfsmatige misdaad niet zonder kan – en dan niet alleen om zich Justitie van het lijf te houden, maar überhaupt om duurzaam te kunnen ondernemen – dan zijn het wel de juridische adviseurs die helpen bij het uitdenken van constructies. Hoe vaak heeft men niet geconstateerd tijdens observaties en telefoon-tap dat het contact tussen juridisch adviseur en pleger van de feiten – dus nog voor Justitie zichtbaar optrad – zeer intensief was! Als de contacten evenwijdig lopen aan het plegen van feiten, in die zin dat er eerst contact was geweest met de advocaat, waarna de wagen werd volgeladen en bijvoorbeeld de BTW-fraude werd gepleegd, dan krijg je toch wel een niet geheel ongegrond vermoeden dat de advocaat als raadgever schuldig betrokken is. En met ‘schuldig’ bedoel ik voorlopig niet schuldig in strafrechtelijke zin, maar maatschappelijk schuldig”.<sup>12</sup>

Opmerkelijk is dat er weinig harde feiten bekend zijn over de vermeende (structurele) betrokkenheid van advocaten bij criminele activiteiten van hun cliënten.<sup>13</sup> Zo vermelden bijvoorbeeld Kolthof en Speijers in het rapport *Financieel rechercheren*.

11. Dit zou o.a. zijn gebleken uit onderzoek van de Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF). In de toelichting op de het voorstel tot wijziging van de Witwasrichtlijn wordt echter toegegeven dat in de praktijk volledig legitieme zaken amper te onderscheiden zijn van witwaspraktijken, zodat het bijzonder moeilijk kan zijn een witwaspraktijk als zodanig te herkennen (Ontwerpwetgevingsresolutie COM (1999) 325-C5-0065/1999-1999/0152 (COD)).
12. Account 8 oktober 1989. Gelijksoortige uitlatingen werden gedaan door J.J.M. van Dijk, directeur criminaliteitsbestrijding van het Ministerie van Justitie, NRC 8 en 13 mei 1993 en ook recentelijk nog door minister Zalm, zie M.W. Guensberg, *De verkeerde zalmnorm*, in: *Advocatenblad* 2001, p. 807. Zie ook het onderzoek dat gedaan is door H. van de Bunt voor de Enquêtecommissie Opsporingsmethoden in 1996 en mijn dissertatie, *Verdediging. Een onderzoek naar de normering van het optreden van advocaten in strafzaken*, Deventer 2001, p. 173 e.v.
13. Zie Taru Spronken, *a.w.*, p. 177 en 179.

Eindrapport van het project Financieel Rechercheren van de Raad van Hoofdcmissarissen en het College van Procureurs-Generaal, 1997 op p. 23:

“In de praktijk blijken criminelen misbruik te maken van diensten van geheimhouders, waardoor gegevens die in het kader van financieel rechercheren van belang zijn, kunnen worden afgeschermd. Het verdient aanbeveling de positie van deze geheimhouders in dit kader te heroverwegen.”

Uit nader onderzoek blijkt vervolgens dat deze passage niet gebaseerd is op feiten maar veronderstellingen. Peeters komt in 2001 tot de conclusie dat er wel een spanningsveld is tussen opsporing en verschoning, maar dat het spanningsveld niet bij de veronderstelling ligt dat het verschoningsrecht wordt misbruikt, maar ontstaat op het moment dat opsporingsambtenaren tijdens hun onderzoek in aanraking komen met verschoningsgerechtigden. In dergelijke gevallen dient men zich aan striktere regels te houden en moet het bewijs op een andere manier worden vergaard.<sup>14</sup>

Ondanks de omstandigheid dat over betrokkenheid van advocaten bij witwaspraktijken voornamelijk geruchten circuleerden en de Nederlandse overheid zich aanvankelijk terughoudend opstelde en niet wilde weten van een beperking van het verschoningsrecht,<sup>15</sup> bestond bij de Nederlandse Orde van Advocaten – de niet onterechte – vrees dat indien de balie geen zelfregulerende maatregelen zou nemen, de overheid maatregelen zou gaan opleggen die het beroepsgeheim zouden aantasten. In Frankrijk vielen de advocaten al onder de meldplicht en in Duitsland en het Verenigd Koninkrijk impliciet, omdat daar de nationale anti-witwasbepalingen geen onderscheid maken tussen financiële instellingen en andere relevante beroepen of instellingen.

In 1995 heeft de Nederlandse Orde van Advocaten richtlijnen vastgesteld ter voorkoming van betrokkenheid van advocaten bij criminele handelingen (ook wel de Bruyninckx-richtlijnen genoemd naar de voorzitter van de commissie die de richtlijnen heeft opgesteld) die ten doel hebben om te voorkomen dat het beroepsgeheim van de advocaat wordt misbruikt voor het afschermen van financiële transacties in het kader van het witwassen.<sup>16</sup> Uiteindelijk heeft dit echter niet kunnen

14. M.J.M. Peeters, *Het verschoningsrecht, geen onneembare hindernis, wel een drempel. Een oriënterend onderzoek naar de rol, betekenis en impact van het verschoningsrecht binnen de Nederlandse opsporingspraktijk*, Project Financieel Rechercheren – Zwolle, CLIC-soft&design b.v., Enschede 2001.

15. Zie bijv. Handelingen Eerste Kamer bij de behandeling van de Wet MOT, 14 december 1993, Kamerstukken I, 13-583.

16. Advocatenblad 1995, p. 809-814.

voorkomen dat ook advocaten nu onder de werking van de Europese witwasrichtlijn zijn komen te vallen. Dit is echter niet zonder slag of stoot gebeurd.

### **De onderhandelingen tussen Europees Parlement en Raad**

Op 19 juli 1999 diende de Europese Commissie een voorstel in om de Witwasrichtlijn van 10 juni 1991 te wijzigen.<sup>17</sup> Voorgesteld werd om het witwasverbod te verruimen tot opbrengsten van alle misdaden die in georganiseerd verband worden begaan in plaats van alleen opbrengsten van drugshandel. Het toepassingsgebied van de meldplicht diende bovendien te worden verruimd tot beroepen waarvan de beoefenaars gevaar lopen betrokken te raken bij witwassen of dreigen misbruikt te worden door witwassers, zoals notarissen, accountants, advocaten en belastingadviseurs. Dit betekent dat ook advocaten verdachte transacties zouden moeten melden, voorzover zij voor hun cliënten betrokken worden bij financiële transacties.

Van begin af aan is onderkend dat een ongeclausuleerde meldplicht in conflict komt met de professionele geheimhoudingsplicht. In het oorspronkelijke wijzigingsvoorstel van de Europese Commissie stond dan ook dat het niet passend zou zijn dat de richtlijn aan een onafhankelijke advocaat, die een cliënt in rechte vertegenwoordigt, de verplichting oplegt vermoedens van witwassen te melden.<sup>18</sup> In de eerste versie van het nieuwe art. 6 lid 3 van de Richtlijn was opgenomen dat lidstaten er niet toe gehouden waren de meldplicht op te leggen aan advocaten wanneer de inlichtingen, die zij van cliënten ontvingen, dienden om hen in rechte te vertegenwoordigen. Deze ontheffing zou echter niet gelden voor gevallen waarin er redenen waren om aan te nemen dat om advies werd verzocht met de bedoeling om het witwassen van geld gemakkelijker te laten verlopen. Dus in het oorspronkelijke voorstel viel informatie verkregen in het kader van het verstrekken van juridisch advies in het geval er geen sprake was van bijstand in rechte, integraal onder de meldplicht.

De Nederlandse Orde heeft zich steeds op het standpunt gesteld dat het verschoningsrecht ook bij advieswerkzaamheden van belang is omdat het tot doel heeft dat de cliënt zijn advocaat in vertrouwen kan nemen. Wat dat betreft heeft de advocaat bij het tegengaan van witwaspraktijken een preventieve werking omdat hij de cliënt kan uitleggen wat wel en wat niet mag. Blijkt de advocaat dat de cliënt alleen uit is op het witwassen van criminele gelden, dan zal hij zijn diensten moeten

17. PbEG C 177 E van 27 juni 2000, p. 14 e.v.

18. Zie overweging 24 en 25 van het voorstel d.d. 19 juli 1999, PbEG C 177 E/14 van 27 juni 2000.

weigeren. Volgens de Orde behoort dit de enige sanctie te zijn en behoort de advocaat niet te worden ingezet in het kader van de opsporing van strafbare feiten.<sup>19</sup>

Ook de Europese balies verenigd in de CCBE hebben zich uitdrukkelijk verzet tegen het opleggen van een meldplicht aan advocaten. Op 22 februari 2001 spreekt de CCBE in een 'Statement of the position on Lawyers' confidentiality'<sup>20</sup> haar bezorgdheid uit over de ontwikkelingen die het beroepsgeheim aantasten en bepleit een zo ruim mogelijke bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat, niet om advocaten zelf te beschermen tegen illegale handelingen – deze moeten streng worden aangepakt – maar om het recht van de burger op juridisch advies te garanderen:

“We trust therefore that our reasons for supporting the widest possible protection for lawyers' obligations of confidentiality will not be misunderstood. We do so because we consider them to be of paramount importance to a democratic society that follows the system of justice. It is a fundamental right of the citizen to be protected against any divulging of his communication with his lawyer. If this is denied, the citizen is denied access to legal advice and to justice. There should be no exception to this principle.”<sup>21</sup>

Over de precieze tekst van art. 6 lid 3 is binnen het Europees Parlement en de Raad heftig gediscussieerd. Het centrale strijdpunt was of de ontheffing alleen betrekking diende te hebben op informatie verkregen in verband met bijstand in rechte of ook bij een onafhankelijk juridisch advies. Verder was een punt van discussie of de uitzondering dwingend dan wel facultatief moest worden opgelegd aan de lidstaten. Op 5 juli 2000 amendeerde het Europees Parlement het voorstel in die zin dat de in de witwasrichtlijn vastgestelde verplichtingen ook niet gelden voor onafhankelijke advocaten ten aanzien van informatie die zij van een cliënt krijgen indien zij slechts in de arm zijn genomen om onafhankelijk juridisch advies te verstrekken.<sup>22</sup> Tegen dit amendement heeft echter de Ecofin-Raad zich weer verzet. Tijdens de Ecofin-Raad d.d. 29 september 2000 werd een politiek akkoord bereikt, inhoudende dat advieswerkzaamheden met betrekking tot het *aangaan of vermijden van procedures*

19. Brieven van de Nederlandse Orde van Advocaten d.d. 24 december 1999 aan mr. N.P. Levenkamp, Ministerie van Justitie en 9 augustus 2000 aan de leden van de Vaste Kamercommissie voor Justitie van de Tweede Kamer.
20. Te vinden op de website van de CCBE: [www.ccbe.org](http://www.ccbe.org).
21. Zie ook de Action Points for EU Bars and Law Societies on the implementation of the Money Laundering Directive, januari 2002, eveneens te raadplegen op [www.ccbe.org](http://www.ccbe.org).
22. Handelingen Europees Parlement, [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int); plenaire zittingen, aangenomen teksten 5 juli 2000.

van de meldplicht zouden worden uitgezonderd.<sup>23</sup> Dit compromis werd echter in eerste instantie niet door het Europees Parlement bekrachtigd. Op 5 april 2001 verzette het Europees Parlement zich eveneens tegen het facultatieve karakter van de ontheffing. De Raad bleef zich echter op het standpunt stellen dat de advieswerkzaamheden onder de richtlijn dienden te worden gebracht en wilde het facultatieve karakter, dat de lidstaten de vrijheid gaf advocaten al dan niet van de meldplicht te ontheffen, handhaven. Daarop werd een bemiddelingscomité in het leven geroepen om een compromis te vinden, maar deze bemiddeling leek niet erg te vlotten. Uiteindelijk hebben de aanslagen in de VS op 11 september 2001 geleid tot een stroomversnelling waarin het Europees Parlement en de Raad tot een compromis werden 'gedwongen', echter niet nadat tot op het laatste moment op het scherp van de snede is onderhandeld over de precieze tekst van de ontheffingsregeling.<sup>24</sup> Op 4 december 2001 kwam de gewijzigde witwasrichtlijn formeel tot stand.<sup>25</sup>

### **De meldplicht voor advocaten**

Hoe ziet het compromis er nu uit? Omdat de formulering nauw sluit worden hier voor het lezersgemak de belangrijkste passages die betrekking hebben op de meldplicht geciteerd. Ingevolge art. 2bis punt 5 gelden de in de richtlijn vastgestelde verplichtingen, waaronder de meldplicht van ongebruikelijke transacties, voor:

“notarissen en andere onafhankelijke beroepsbeoefenaars van juridische beroepen wanneer zij deelnemen:

- 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;
  - ii) het beheren van diens geld, waardepapieren of andere activa;
  - iii) de opening of het beheer van bank-, spaar- of effectenrekeningen;
  - iv) het organiseren van inbreng die nodig is voor de oprichting, exploitatie of het beheer van vennootschappen;
  - v) de oprichting, exploitatie of het beheer van trusts, vennootschappen of soortgelijke structuren;

23. Kamerstukken II, 2000-2001, 21 501-07, nrs. 294, 296, 302 en 303.

24. Zie voor een overzicht van deze laatste ontwikkelingen Auke Baas, *Wijziging van witwasrichtlijn goedgekeurd*, in: *Advocatenblad* 2002, p. 21-23.

25. Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van de Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, PbEG L 433 van 28 december 2001, p. 76.



- b) hetzij door op te treden in naam en voor rekening van hun cliënt in enigerlei financiële of onroerendgoedtransactie”

Art. 6 lid 3 van de Richtlijn luidt:

“In het geval van de in artikel 2bis 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, onder 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.”

Hoe de passage “wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen” moet worden verstaan kan worden gehaald uit overweging 17 van de Richtlijn, waarvan de formulering pas op het allerlaatste moment tot stand is gekomen. Deze luidt:

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

Samengevat kan worden geconcludeerd dat in de richtlijn het facultatieve karakter van de ontheffingsmogelijkheid voor de lidstaten is gehandhaafd, zodat er ten aanzien van implementatie van de richtlijn met betrekking tot de handhaving van het beroepsgeheim tussen de lidstaten verschillen kunnen ontstaan of blijven bestaan, zoals nu ook al het geval is als men de Nederlandse situatie vergelijkt met die in Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk. Verder valt blijkens overweging 17, die als een integraal bestanddeel van de richtlijn geldt, het juridisch advies onder de ontheffingsmogelijkheid, tenzij het advies direct betrekking heeft op witwasactiviteiten. Het blijft gissen hoe deze overweging precies moet worden uitgelegd. Ik leid eruit af dat voor de vraag of belastende informatie, die door de cliënt wordt verstrekt, moet worden gemeld, het van belang is met welk oogmerk het advies door de cliënt gevraagd wordt en dat de advocaat op de hoogte moet zijn van dit oogmerk. Vraagt de cliënt advies voor witwasdoeleinden en is dit *kenbaar* aan de advocaat (de advocaat moet dit volgens overweging 17 “weten of redenen hebben om aan te nemen”)<sup>26</sup> dan geldt de meldplicht. Krijgt de advocaat belastende informatie in het kader van een advisering die betrekking heeft op een juridische kwestie die los staat van witwasactiviteiten, dan is deze informatie van de meldingsplicht vrijgesteld.

Tot slot kan ook nog worden vermeld dat ingevolge het nieuwe lid 2 van art. 8 van de Richtlijn de lidstaten er niet toe zijn gehouden advocaten te verbieden aan de betrokken cliënt of aan derde personen mede te delen dat overeenkomstig de art. 6 en 7 inlichtingen zijn verstrekt aan de autoriteiten of dat een onderzoek naar het witwassen van geld wordt uitgevoerd, het zogenaamde ‘tippen’ van de cliënt.

Nog voordat het definitieve compromis tussen het Europees Parlement en de Raad was bereikt heeft Nederland met ongekende snelheid wijzigingen doorgevoerd in de Wet MOT en de Wet WIF. Daardoor werd weliswaar de uitzonderingsbepaling uit art. 6 lid 3 van de Richtlijn geïmplementeerd, maar daarin werd niet meegenomen hetgeen in overweging 17 van de Richtlijn op het laatste moment nog is opgenomen over de positie van de advocaat als juridisch adviseur. In art. 2 van de Wet MOT<sup>27</sup> staat nu:

“De krachtens het eerste lid, onderdeel 10°, aan te wijzen diensten hebben geen betrekking op de werkzaamheden van een advocaat of notaris betreffende de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na

26. Opmerkelijk is dat in de Engelse tekst van overweging 17 staat ‘knows’, terwijl in de Nederlandse vertaling staat ‘weet of redenen heeft om aan te nemen’ hetgeen ruimer is dan uitsluitend ‘weet’.

27. Wet van 13 december 2001, Stb. 665.

een rechtsgeding, of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.”

Daarmee is de nieuwe witwasrichtlijn in Nederland in de wet geïmplementeerd zonder dat duidelijk in de wet is aangegeven dat de vrijstelling ook geldt ten aanzien van het geven van advies los van een rechtsgeding. De passage “werkzaamheden (...) betreffende de bepaling van de rechtspositie van een cliënt” laat immers open of hieronder ook een juridisch advies moet worden begrepen. Op grond hiervan heeft de CCBE de betrokken balies geadviseerd er goed op toe te zien dat overweging 17 zo letterlijk mogelijk wordt overgenomen in de nationale regelgeving.<sup>28</sup> Doordat de implementatie reeds had plaatsgevonden voordat de definitieve tekst van de Richtlijn was vastgesteld, kwam dit advies voor de Nederlandse Orde te laat.

Verder is niet gekozen voor de optie om de Orde van Advocaten in te schakelen als intermediair waaraan kan worden gemeld en zijn advocaten niet vrijgesteld van de geheimhoudingsplicht ex art. 19 van de Wet MOT ten aanzien van een door hen gedane melding.

### **De consequenties van de meldplicht**

Het is moeilijk om de consequenties van de meldplicht te overzien omdat ten tijde van de afsluiting van deze bijdrage de AMvB nog in de maak is, waarin een nadere omschrijving moet worden gegeven van onder andere de diensten en verrichtingen waarvoor de meldplicht geldt en waarin een lijst van indicatoren wordt gegeven aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of een transactie moet worden aangemerkt als een ongebruikelijke transactie. Het is ook nog niet duidelijk op welke wijze de uitvoering van meldingen nader geregeld wordt. Duidelijk is in ieder geval wel dat het geen sinecure zal zijn voor een advocaat om te beslissen hoe hij zich zal hebben te gedragen als hem om advies wordt gevraagd in een juridische kwestie die nauw verweven is met financiële transacties. Moet hij zijn cliënt tevoren waarschuwen en informeren over zijn meldplicht?

Een ander vraagpunt is hoe de meldplicht zich verhoudt tot de bepalingen van het EVRM, met name de art. 6 en 8, waarin het EHRM een recht op vertrouwelijke communicatie tussen cliënt en advocaat inleest.

Tot slot is de meldplicht voor advocaten een nieuwe vorm van criminalisering van advocaten: de advocaat staat immers in verband met de uitoefening van zijn

28. Action Points for EU Bars and Law Societies on the implementation of the Money Laundering Directive, January 2002, te raadplegen op [www.ccbe.org](http://www.ccbe.org).

beroep bloot aan het risico van strafvervolging als hij in de ogen van justitie ten onrechte een ongebruikelijke transactie niet heeft gemeld.<sup>29</sup>

### **Een advocatencautie?**

De Nederlandse regering heeft gesteld dat nu de vrijstelling van de meldplicht geldt in de situatie waarin een cliënt voor, tijdens of na een juridische procedure wordt bijgestaan, de advocaat zijn kerntaak, het verlenen van rechtsbijstand, goed kan blijven uitvoeren, zeker nu de vrijstelling ruim moet worden opgevat en ook het zeker stellen van de rechtspositie van de cliënt en advisering ter voorkoming van procedures onder de vrijstelling vallen. Advocaten en notarissen moeten alleen vermoedens van witwassen melden als zij namens een cliënt een financiële transactie uitvoeren of de cliënt over een financiële transactie adviseren. Volgens de regering is hiermee een goede balans gevonden tussen het overeind houden van het verschoningsrecht bij het uitvoeren van zijn eigenlijke taak en de maatschappelijke verantwoordelijkheid die ook een advocaat heeft inzake het melden van vermoedens van ernstige criminaliteit als hij zich bezighoudt met activiteiten die niet kenmerkend zijn voor de advocatuur maar ook door anderen worden verricht.<sup>30</sup>

Maar is het wel zo dat de advocaat (en zijn cliënt) bij de uitoefening van zijn 'kerntaak' weinig last zal hebben van de meldplicht? Behoren de activiteiten die onder de meldplicht vallen niet tot de kerntaak van de advocatuur? Veel van de handelingen die in art. 2bis punt 5 van de Richtlijn worden genoemd, met name het beheren van vermogens, behoren inderdaad niet tot het werkterrein van de Nederlandse advocaat. Dat ligt echter anders bij de aan- en verkoop van onroerend goed of handelszaken of de oprichting van vennootschappen, waarbij advocaten gelet op hun juridische deskundigheid worden gevraagd om te adviseren. Deze activiteiten behoren wel degelijk tot de traditionele adviespraktijk van de Nederlandse advocatuur.

Een ander probleem is dat de vangnetbepaling van art. 2bis punt 5 onder b), namelijk dat de meldplicht ook geldt voor het optreden in naam en voor rekening van een cliënt bij 'enigerlei financiële' transactie, niet erg helder is. Bij juridische dienstverlening komt al snel 'enigerlei financiële transactie' kijken en cliënten worden daarbij vaak vertegenwoordigd door hun advocaat. Is het executeren van een incasso namens de cliënt, nadat een vordering door de rechter is toegewezen, een handeling die onder de meldplicht zou kunnen vallen? En hoe zit het met het tijde-

29. Het niet nakomen van de meldplicht is immers een economisch delict, zie art. 1 sub 2<sup>o</sup> Wet op de economische delicten.

30. Kamerstukken II, 2000-2001, 21 501-07 en 23 490, nr. 303, p. 3.

lijk in bewaring nemen voor de cliënt van inbeslaggenomen zaken of gelden, waarvan de teruggave door de rechter bevolen is?

Onduidelijk is ook waar de grens ligt tussen advies- en proceswerkzaamheden. Of een zaak in de adviessfeer kan worden opgelost blijkt immers pas gaandeweg, zodat het van toevallige omstandigheden afhangt of er al dan niet sprake is van een meldplicht.<sup>31</sup>

De belangrijkste complicatie is echter dat een cliënt zijn problemen niet meer vrijuit met zijn advocaat kan bespreken en niet meer alle kaarten op tafel kan leggen, zonder het risico te lopen dat de advocaat meldplichtig wordt. Dat betekent dat de advocaat, zoals een opsporingsambtenaar betaamt, nog voordat hij weet waar de cliënt voor komt, een cautie zal moeten geven waarin hij moet uitleggen, liefst gedocumenteerd aan de hand van de indicatorenlijst, dat als de cliënt komt voor juridisch advies dat op een of andere manier te maken lijkt te hebben met het wittwassen van criminele gelden of vermogensbestanddelen, de cliënt het gevaar loopt dat de advocaat meldplichtig wordt en hem zal moeten verklikken. Een aardig begin van een gesprek waarin een vertrouwensrelatie moet ontstaan.

### De meldplicht en het EVRM

Het EVRM bevat in tegenstelling tot het IVBPR<sup>32</sup> geen expliciete garanties met betrekking tot het recht van de burger om vertrouwelijk met zijn advocaat te kunnen communiceren, maar dit recht is door de Europese Commissie en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, met name waar het gaat om gedetineerden, wel in de art. 6 en 8 ingelezen. Art. 8 EVRM is hierbij relevant omdat het recht op ongecensuurde correspondentie onder dit artikel valt en art. 6 EVRM is van belang in de situatie dat vertrouwelijke informatie-uitwisseling noodzakelijk is in het kader van een procedure die gevoerd wordt.

In de zaak Golder<sup>33</sup> heeft het EHRM uitgemaakt dat art. 6 lid 1 EVRM ook het recht inhoudt op toegang tot de rechter en in het verlengde daarvan een recht op het consulteren van een advocaat. Van belang is in dit verband ook de zaak S. tegen Zwitserland<sup>34</sup> waarin het EHRM heeft overwogen:

31. Zie J.R.L.A. Huydecoper, *Advocaat – kun je dat maken?*, in: *Advocatenblad* 1996, p. 855-861 en M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Zwolle 1997, p. 23.

32. Art. 14 lid 3b IVBPR.

33. EHRM 21 februari 1975, A 18 (Golder).

34. EHRM 28 november 1991, NJ 1994, 88 (S. v. Switzerland).

“an accused’s right to communicate with his advocate out of the hearing of a third person is one of the basic requirements of a fair trial in a democratic society and follows from Article 6, 3c of the Convention. If a lawyer were unable to confer with his client and receive confidential instructions from him without such surveillance, his assistance would lose much of its usefulness, whereas the Convention is intended to guarantee rights that are practical and effective.”

In de zaak Campbell tegen het Verenigd Koninkrijk<sup>35</sup> heeft het EHRM overwogen:

“It is clearly in the general interest that any person who wishes to consult a lawyer should be free to do so under the conditions which favour full and uninhibited discussion. It is for this reason that the lawyer-client relationship is, in principle, privileged.”

Deze vertrouwelijkheid geldt volgens het EHRM ongeacht het onderwerp of doel van de correspondentie.<sup>36</sup>

Tot slot kan ook nog worden gewezen op de zaak Niemietz tegen Duitsland.<sup>37</sup> Hierbij ging het om een doorzoeking van een advocatenkantoor en overwoog het EHRM in par. 40:

“More importantly, having regard to the materials that were in fact inspected, the search impinged on professional secrecy to an extent that appears disproportionate in the circumstances; it has, in this connection, to be recalled that, where a lawyer is involved, an encroachment on professional secrecy may have repercussions on the proper administration of justice and hence on the rights guaranteed by Article 6 of the Convention.”

Het EHRM benadrukt steeds dat vertrouwelijkheid van de informatie die aan een advocaat wordt gegeven een van de minimumvoorwaarden is van art. 6 EVRM en dat een inbreuk op de vertrouwelijkheid alleen is toegestaan bij misbruik met als doel het plegen van strafbare feiten. Bovendien moet een dergelijke inbreuk voldoen aan de vereisten van art. 8 lid 2 EVRM, waarbij in dit verband met name van belang is dat de inbreuk voorzienbaar moet zijn, met voldoende precisie in de wet moet zijn geformuleerd en proportioneel moet zijn.

35. EHRM 28 maart 1992, A 233 (Campbell v. Verenigd Koninkrijk).

36. In dezelfde zin: EHRM 20 juni 2000, nr. 33274/96 (Foxley v. Verenigd Koninkrijk).

37. EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemietz v. Duitsland).

Hoewel de jurisprudentie van het EHRM steeds betrekking heeft op de inbreuken die door de overheid worden gemaakt op de vertrouwelijke communicatie tussen de advocaat en zijn cliënt, gelden de hierin vervatte uitgangspunten, met name het belang van het verschoningsrecht in het kader van een behoorlijke rechtspleging, *mutatis mutandis* ook voor de situatie dat de advocaat gedwongen wordt zijn verschoningsrecht te doorbreken.

Geconcludeerd kan worden dat een meldplicht die de advocaat is opgelegd, voorzover het gaat om de situatie dat de advocaat zelf betrokken is bij witwasactiviteiten wellicht nog door de beugel kan.<sup>38</sup> Dit geldt echter niet voor de meldplicht die de advocaat wordt opgelegd in het geval hij vermoedt dat zijn cliënt juridisch advies vraagt met het oog op witwasdoeleinden. Deze meldplicht staat op gespannen voet met de hiervoor weergegeven jurisprudentie van het EHRM. Dit betekent dat de witwasrichtlijn en de hierop gebaseerde nationale regelgeving mijns inziens niet voldoet aan de vereisten van art. 8 lid 2 van het EVRM.

### **Criminalisering van de advocaat**

Sinds een aantal decennia is er een ontwikkeling gaande waarbij advocaten sneller verdacht kunnen worden van deelname aan criminele activiteiten waarvan hun cliënten verdacht worden. Dit komt door de verruiming van de strafbaarstelling van deelneming aan criminele organisaties en de algemene strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen. Ook in verband met de uitoefening van zijn beroep staat de advocaat bloot aan het risico van strafvervolging. Een advocaat die zich laat betalen met geld waarvan hij kan vermoeden dat dit afkomstig is uit criminele bron maakt zich in beginsel schuldig aan schuldheiling of de culpose vorm van het witwassen van opbrengsten van misdrijven.<sup>39</sup> Nu is daar nog bijgekomen dat de advocaat bloot staat aan het risico van strafvervolging als hij in de ogen van justitie ten onrechte een ongebruikelijke transactie niet heeft gemeld.

Ik vind dit een verontrustende ontwikkeling en ben van mening dat zoveel mogelijk moet worden vermeden dat advocaten, zolang zij de grenzen van de normale uitoefening van hun beroep niet overschrijden, zich schuldig kunnen maken aan strafbare feiten of bloot worden gesteld aan strafvervolging. Hiermee kan de vrijheid van juridische belangenbehartiging ernstig onder druk komen te staan. De (Europese) overheid dient garanties te bieden die een effectieve verdediging van de

38. Daarbij zal een melding door de advocaat, die zelf heeft geparticipeerd in witwasactiviteiten, niet in een strafzaak als bewijs tegen hem kunnen worden gebruikt, zie EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders v. Verenigd Koninkrijk).

39. Zie hierover uitgebreider: Taru Spronken, *a.w.*, p. 182-191.

belangen van burgers mogelijk maken en ervoor in te staan dat advocaten niet bedreigd worden met strafrechtelijke vervolging of andere sancties als zij hun werk verrichten overeenkomstig de voor de beroepsuitoefening erkende maatstaven en gedragsnormen.<sup>40</sup>

De minister van Justitie heeft op 20 april 2001 een werkgroep 'Betalingen aan advocaten' ingesteld<sup>41</sup> die tot taak heeft te onderzoeken of het noodzakelijk is dat de Bruyninckx- richtlijnen, in het bijzonder ter zake van de betaling van de advocaat, worden geactualiseerd in het licht van de opgedane ervaringen met de richtlijnen en in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven. Helaas is ten tijde van de afronding van deze bijdrage nog niet bekend tot welke adviezen de werkgroep is gekomen, maar het valt te hopen dat er een regeling uitkomt waarbij advocaten worden vrijgesteld van strafvervolging indien zij een normale vergoeding voor hun werkzaamheden vragen.

### **Tot slot**

De invoering van een meldplicht voor advocaten bij ongebruikelijke transacties is een gevoelige slag voor het recht van de burger op juridisch advies en door deze meldplicht wordt de rechtstatelijke rol van de advocaat bedreigd. Nu is de meldplicht in de Nederlandse situatie vrij beperkt en kan wellicht zo worden uitgevoerd of uitgelegd dat zij in de praktijk nauwelijks van betekenis is, maar de psychologische drempel is overschreden. De meldplicht leidt tot rolvervaging en -verwarring. De advocaat dient uit hoofde van zijn functie niet te worden ingezet voor de opsporing van strafbare feiten. Duidelijk is in ieder geval dat het verschoningsrecht de *collateral damage* is van het Europese anti-witwasbeleid. Maar hierover zal het laatste woord nog niet gezegd of geschreven zijn.

40. Zie in dit verband ook de Basic Principles on the Role of Lawyers, adopted by the Eight Crime Congress, Havana, 7 september 1990, bekrachtigd door Resolutie 45/121 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties d.d. 14 december 1990, gepubliceerd in NJB 1990, p. 1881.

41. Besluit van 20 april 2001, Directie Rechtsbijstand en Juridische beroepen, Afdeling Beleid, Nr. 5094487/801.