

## Van vertrouwenspersoon naar waakhond?

Advocaten zijn sinds 2003 meldingsplichtig uit hoofde van de Europese en in Nederland geïmplementeerde anti-witwaswetgeving (WWFT).<sup>29</sup> Hoewel de verplichtingen voor de advocaat die voortvloeien uit de WWFT geen inbreuk maken op artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens<sup>30</sup> (EVRM) is vanaf het begin al gewezen op de problematiek van deze plicht voor onder meer de advocatuur.<sup>31</sup> De plicht om transacties van cliënten te melden, kan indruisen tegen de geheimhoudingsplicht van de advocaat. Soms levert het voor instellingen problemen op met betrekking tot de vraag hoe zij moeten omgaan met de meldingsplicht, vooral in het licht van de soms daarmee conflicterende geheimhoudingsplicht. Waar ligt de grens tussen de geheimhoudingsplicht en de meldingsplicht van de advocaat?

**mw. mr. N.G.H. Verschaeren**

*Advocaat-stagiaire bij Loyens & Loeff, onlangs afgestudeerd aan de Rijksuniversiteit Groningen in de specialisaties strafrecht en bedrijfsrecht. Haar afstudeerscriptie stond in het teken van het grensgebied tussen de meldingsplicht uit hoofde van de anti-witwaswetgeving en de geheimhoudingsplicht van de advocaat.*

### Objectieve meldingsindicatoren

Vanaf de invoering van de meldingsplicht melden advocaten weinig in vergelijking met andere meldingsplichtige vrije beroepsbeoefenaars zoals accountants en notarissen<sup>32</sup>. Advocaten meldden in 2006 bijvoorbeeld tien ongebruikelijke en vier verdachte transacties. Dit is tot 2009 langzaam gestegen. In 2009 werden door advocaten 22 ongebruikelijke en zeven verdachte transacties gemeld. Accountants en notarissen melden honderden ongebruikelijke en verdachte transacties per jaar. De oorzaak van dit grote verschil met betrekking tot advocaten bestaat niet alleen uit mogelijke 'meldingsonwil' van advocaten, maar is ook gelegen in de aard van het werk van advocaten. Ook van bedrijfseconomische adviseurs en belastingadviseurs komen veel meldingen binnen. Vrijberoepsbeoefenaars zoals makelaars in onroerend goed en trustmaatschappijen melden echter minder dan advocaten<sup>33</sup>.

Bovendien is het aantal meldingen in de loop van de jaren niet veel gestegen. Uit onderzoek van het BFT blijkt dat meldingen regelmatig ten onrechte achterwege blijven<sup>34</sup>. Een opmerkelijk verschil tussen advocaten en andere meldingsplichtigen doet zich voor bij de meldingsindicatoren. Advocaten melden meestal op

29. Ter implementatie van Richtlijn 2001/97/EG (PbEG 2001, L 344) en Richtlijn 2005/60/EG (PbEG 2005, L 309/15).

30. Hof van Justitie EG, 26 juni 2007, C305/05, Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a.t. Raad

31. Bijvoorbeeld J.L.R.A. Huydecoper, 'Klikspaan, boterspaan. Oftewel: het beroepsgeheim en de meldplicht', Tijdschrift Ondernemingsrecht, 2003/14. Huydecoper betoogt dat invoering van de meldingsplicht voor groepen dienstverleners waarvoor tegelijkertijd een verstrekende professionele geheimhoudingsplicht geldt, niet te verantwoorden is. Volgens Huydecoper wegen de heilzame effecten van de regels niet op tegen het bezwaar van een aanmerkelijke inbreuk op een zo wezenlijke regel als het professionele beroepsgeheim. Huydecoper omschrijft de door 'Brussel' geproduceerde richtlijn als een 'wangedrocht', en pleit voor ongedaanmaking van deze witwaswetgeving.

32. BFT, Jaarverslag 2008, p. 37; FIU, Jaarverslag 2007, Jaarverslag 2008 en Jaarverslag 2009

33. FIU Jaarverslag 2009, p. 61

34. BFT, Jaarverslag 2008, p. 37

grond van een objectieve indicator, waarbij niet ter discussie staat of moet worden gemeld. Of sprake is van een subjectieve indicator, dient de meldingsplichtige zelf vast te stellen.

Advocaten concluderen niet snel dat sprake is van een subjectieve indicator. Door de advocatuur wordt nauwelijks gemeld op grond van een subjectieve indicator<sup>35</sup>. Bij de andere meldingsplichtigen is dit juist andersom. Zij melden veelal op grond van een subjectieve indicator<sup>36</sup>. Dat advocaten minder snel overgaan tot een melding op grond van een subjectieve indicator, kan als oorzaak hebben dat zij minder snel bereid zijn om transacties van cliënten te melden. Het afwijkende meldingsgedrag van advocaten dient daarom te worden bezien in het licht van de verhouding tussen de meldingsplicht en de geheimhoudingsplicht.

### Inbreuk op de geheimhoudingsplicht

De WWFT kan de geheimhoudingsplicht opzij schuiven. Dit past niet bij de bescherming die deze plicht normaliter krijgt. Een advocaat kan de belangen van een cliënt alleen goed behartigen als het duidelijk is dat hij mag zwijgen over hetgeen hem door de cliënt is toevertrouwd. De advocaat dient geen aangifte te doen van strafbare feiten waarover zijn cliënt vertelt. De advocaat is dan ook vrijgesteld van de in het Wetboek van Strafrecht opgenomen aangifteplicht<sup>37</sup>. Een uitzondering hierop is de waarschuwingplicht. Indien een cliënt vertelt dat een getuige wordt geliquideerd, kan zijn advocaat dit bij de opsporingsinstanties melden. Het gaat dan immers om zodanige conflicterende belangen, dat de advocaat een leven kan redden door de politie op de hoogte te stellen van de voornemens van zijn cliënt<sup>38</sup>. Een advocaat moet melden indien hij het vermoeden heeft dat sprake is van witwassen of terrorismefinanciering, ongeacht of het gaat om levensgevaar. De plicht om dan zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken gaat dus verder. Een advocaat mag blijkbaar geen aangifte doen van een inmiddels gepleegde – maar bij politie en justitie niet bekende – moord, maar moet wel melden indien hij het vermoeden heeft dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme.

In de praktijk doet zich bij de subjectieve indicatoren – op grond waarvan de advocaat kan overgaan tot een melding – een grijs gebied voor tussen de meldingsplicht en de geheimhoudingsplicht. Bij objectieve indicatoren moet er altijd worden gemeld. Wat betreft de subjectieve indicatoren dient de advocaat zelf te bepalen of daarvan sprake is. De beoordeling daarvan kan lastig zijn. Het lijkt erop dat advocaten niet snel bereid zijn hun geheimhoudingsplicht opzij te zetten en tot het oordeel komen dat sprake is van een subjectieve indicator. Accountants en notarissen melden bijvoorbeeld in 94% respectievelijk 84% van de gevallen op grond van een subjectieve indicator. Bij de advocatuur is dit slechts 45%<sup>39</sup>.

35. B. Conijn, Advocaten en de Wwft, Een rapportage inzake de meldingen van advocaten ten behoeve van de relatiedag advocaten, 'De advocaat en de meldingsplicht', KLPD, Dienst IPOL en FIU-Nederland, 2009, p. 14

36. B. Conijn, Advocaten en de Wwft, Een rapportage inzake de meldingen van advocaten ten behoeve van de relatiedag advocaten, 'De advocaat en de meldingsplicht', KLPD, Dienst IPOL en FIU-Nederland, 2009, p. 13; FIU Jaaroverzicht 2008

37. F.A.W. Bannier e.a., 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht' handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke', Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 47 en 54; artikel 160 lid 1 en lid 3 Sv

38. F.A.W. Bannier e.a., 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht' handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke', Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 52

39. F.A.W. Bannier e.a., 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht' handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke', Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 52

Het tweede grijze gebied tussen beide plichten van de advocaat doet zich voor bij het verzoek van het BFT of de deken om nadere informatie te verstrekken. Indien een advocaat een ongebruikelijke transactie heeft gemeld, kan het meldpunt op grond van artikel 17 lid 1 WWFT nadere gegevens of inlichtingen verzoeken. De advocaat is verplicht aan dit verzoek te voldoen<sup>40</sup>. Noch in deze bepaling noch in de Memorie van Toelichting wordt het beroepsgeheim van de advocaat genoemd<sup>41</sup>. Dit schept onduidelijkheid. Want in hoeverre moet de advocaat gegevens aan het meldpunt verstrekken indien het gaat om vertrouwelijke gegevens? Richtlijnen hieromtrent ontbreken. De enige beperking is dat de aanvullende informatie betrekking moet hebben op de melding. Het moet dus wel gaan om een WWFT-dienst. In artikel 1 lid 1 onder a sub 12 WWFT staat vermeld wanneer bij de advocaat sprake is van een WWFT-dienst. Advocaten vallen onder de WWFT indien zij zich bezig houden met:

- bedrijfsmatig advies geven of bijstand verlenen bij het aan- of verkopen van onroerende zaken;
- het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden;
- het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in artikel 2 eerste lid onder b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen;
- het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen en werkzaamheden op fiscaal gebied die vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van de onder artikel 1 lid 1 sub a onder 11 WWFT beschreven werkzaamheden.

Op grond van artikel 1 lid 2 WWFT zijn advocaten van de plichten die voortvloeien uit de WWFT echter vrijgesteld voor zover zij voor een cliënt werkzaamheden verrichten betreffende de bepaling van diens rechtspositie, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding<sup>42</sup>. Dit betekent dat de toezichthouder bij een WWFT-dienst iedere informatie over de cliënt kan opvragen die betrekking heeft op de WWFT-dienst. Een rechtvaardiging voor deze ruime inbreuk op de geheimhoudingsplicht wordt niet gegeven. Om de WWFT meer af te stemmen op de rol van vertrouwenspersoon van de advocaat, zou het verstandig zijn als de wetgever voor de beroepsbeoefenaren met een geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht richtlijnen opstelt over de informatie die dient te worden verstrekt.

### **Strafrechtelijke vrijwaringen in de WWFT**

Op grond van artikel 19 WWFT kunnen gegevens die de advocaat verstrekt niet worden gebruikt voor vervolging van de advocaat, indien hij op een juiste wijze uitvoering heeft gegeven aan de meldingsplicht en de plicht tot het verstrekken van nadere gegevens<sup>43</sup>. Dit lijkt in overeenstemming te zijn met het beginsel dat niemand hoeft mee te werken aan zijn eigen veroordeling. De vrijwaring geldt echter alleen indien de meldingsplicht en de plicht tot het verstrekken van nadere gegevens correct is uitgevoerd. Laat de advocaat mel-

40. Artikel 17 lid 2 WWFT

41. Kamerstukken II, 2007/08, 31 238, nr. 3

42. De zinsnede 'bepaling van de rechtspositie van een cliënt' dient volgens de Memorie van Toelichting bij de WWFT restrictief te worden uitgelegd. Bij de uitleg wordt wel rekening gehouden met de geheimhoudingsbepalingen van de advocaat, aldus de Memorie van Toelichting: de advocaat moet de gelegenheid hebben om vast te stellen welke dienst van hem wordt verlangd, Kamerstukken II, 2007-2008, 31 238, nr. 3, p. 15-16.

43. Deze plichten volgen uit de artikelen 16 en 17 WWFT.

ding achterwege, dan kan dit een verdenking van witwassen tot gevolg hebben omdat hij witwaspraktijken mogelijk heeft gemaakt of heeft laten voortbestaan.

Witwassen is strafbaar gesteld in artikel 420bis van het Wetboek van Strafrecht (Sr). Het verbergen of verhullen van de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing van een voorwerp is strafbaar gesteld in artikel 420bis lid 1 onder a Sr. Op grond van artikel 420bis lid 1 onder b Sr is strafbaar het verwerven, voorhanden hebben, overdragen of omzetten of gebruik maken van een voorwerp, wetende dat het voorwerp afkomstig is uit enig misdrijf. Aan het vereiste van wetenschap is ook voldaan indien deze wetenschap na de gedraging ontstaat<sup>44</sup>. Ook een voorwerp dat gedeeltelijk afkomstig is uit een misdrijf is van misdrijf afkomstig<sup>45</sup>. Dit heeft tot gevolg dat indien een slechts gedeelte van het bedrag van de transactie die de advocaat uitvoert, uit misdrijf afkomstig hoeft te zijn om aan het vereiste van artikel 420bis Sr te voldoen. Bovendien vallen ook indirecte opbrengsten van misdrijven onder artikel 420bis Sr<sup>46</sup>.

Van een vervolging wegens schending van de geheimhoudingsplicht is de advocaat vrijgesteld indien de advocaat de meldingsplicht en de plicht tot het verstrekken van nadere gegevens correct heeft uitgevoerd of indien de advocaat in de redelijke veronderstelling mocht zijn dat hij een juiste uitvoering gaf aan deze plichten. In het laatste geval maakt het dus niet uit dat de uitvoering uiteindelijk onjuist is. Indien geen sprake is van een redelijke veronderstelling dan riskeert de advocaat vervolging wegens schending van zijn geheimhoudingsplicht op grond van artikel 272 Sr. Maar wanneer is sprake van een redelijke veronderstelling? Gezien de open normen die de WWFT hanteert, is twijfel mogelijk. Bij een verkeerde keuze riskeert de advocaat strafrechtelijke of tuchtrechtelijke gevolgen. Dit is de kern van het probleem van de meldingsplicht in relatie tot de geheimhoudingsplicht. Indien de meldingsplicht correct wordt uitgevoerd, moet de geheimhoudingsplicht wijken. Maar zodra twijfel bestaat of wel of niet moet worden gemeld, komt de advocaat in een grensgebied terecht waar beide plichten met elkaar kunnen conflicteren.

## Jurisprudentie

Interessant is de jurisprudentie over de weigering van de advocaat om cliënt- en dossierinformatie te verstrekken aan het BFT of de deken. Het Hof van Discipline oordeelde de weigering om informatie aan het BFT te verschaffen niet in strijd met hetgeen een behoorlijk handelende advocaat betaamt<sup>47</sup>. Weigeren informatie te verstrekken aan de deken werd echter niet juist geacht<sup>48</sup>. In de uitspraak van het Hof van Discipline te 's-Hertogenbosch van 13 maart 2009<sup>49</sup> komt naar voren dat het bij de beoordeling van de vraag of de advocaat terecht heeft geweigerd om gegevens te verstrekken, van belang is om wat voor gegevens het gaat. Het Hof neemt in zijn oordeel mee dat het gaat om gegevens die onder de geheimhoudingsplicht vallen en dat de gegevens zijn terug te voeren op individuele, met name te noemen cliënten en hun financiële toestand. Voor de advocaat is het dus van belang om allereerst te kijken wie de gegevens opvraagt: het BFT of

44. Cleiren & Verpalen 2010 (T&C Sr), artikel 420bis Sr, aant. 8

45. Cleiren & Verpalen 2010 (T&C Sr), artikel 420bis Sr, aant. 9

46. Het geld dat uit misdrijf afkomstig is, is bijvoorbeeld omgezet in een vordering uit lening en vervolgens weer in een banksaldo.

47. Hof van Discipline 's-Hertogenbosch, 11 september 2009, LJN: YA0029. Het hof kwam tot eenzelfde oordeel in de zaken LJN: YA0027 en LJN: YA0028.

48. Raad van Discipline Arnhem, 25 januari 2010, LJN: YA0374; Hof van Discipline 's-Hertogenbosch, 13 maart 2009, LJN: YA0528

49. Hof van Discipline 's-Hertogenbosch, 13 maart 2009, LJN: YA0528

de deken? Genoemde uitspraken geven aanwijzingen dat een verzoek van de deken minder snel mag worden geweigerd dan een verzoek van het BFT omdat – zoals de Raad van Discipline te Arnhem naar voren brengt – de Nederlandse Orde van Advocaten er groot belang bij heeft om de controle op de naleving van de anti-witwaswetgeving in eigen beheer te houden<sup>50</sup>.

Het Hof van Discipline te 's-Hertogenbosch oordeelt echter dat de taak van het BFT niet zover kan gaan dat het verschoningsrecht van de advocaat daarvoor kan wijken<sup>51</sup>. Deze uitspraak dient echter enigszins te worden genuanceerd. Het Hof houdt er in de uitspraak namelijk geen rekening mee dat algemene kantoorinformatie die niet is te herleiden tot een cliënt, wel degelijk door het BFT zou kunnen worden opgevraagd. Deze informatie valt immers niet zonder meer onder de geheimhoudingsplicht. De Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-Notarissen (KvT) te 's-Gravenhage oordeelde bovendien op 12 mei 2010 dat de geheimhoudingsplicht niet in de weg staat aan het verstrekken van gegevens aan het BFT, aangezien daarop in artikel 23 lid 1 WWFT uitdrukkelijk een uitzondering is gemaakt voor zover uit die wet de noodzaak tot bekendmaking voortvloeit<sup>52</sup>. Geconcludeerd kan worden dat ook onder tuchtrechters vooralsnog onduidelijkheid lijkt te bestaan over de verhouding tussen de geheimhoudingsplicht en de plichten die voortvloeien uit de WWFT.

Tot slot is het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (Hof van Justitie) inzake het verschoningsrecht van de bedrijfsjurist van 14 september 2010 van belang<sup>53</sup>. De Europese Commissie (de Commissie) had verificaties verricht bij kantoren van Akzo Nobel Chemicals Ltd. (Akzo Nobel) en Akcros Chemicals Ltd. (Akcros) om bewijzen van eventuele mededingingsversturende praktijken op te sporen. In de loop van die verificatie maakte Akzo Nobel de ambtenaren van de Commissie erop attent, dat een aantal stukken waarschijnlijk onder de bescherming van de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaten en cliënten viel. Het ging namelijk om communicatie met de bedrijfsadvocaat. De betreffende stukken werden door de ambtenaren van de Commissie desondanks in beslag genomen. Akzo Nobel en Acros gingen hier tegen in beroep. Het Hof van Justitie oordeelde echter in hoger beroep dat de bedrijfsadvocaat geen verschoningsrecht heeft omdat de bedrijfsadvocaat onvoldoende onafhankelijk is. De bedrijfsadvocaat kan niet met een externe advocaat worden gelijkgesteld vanwege de omstandigheid dat hij in loondienst is. Door die omstandigheid kan een interne advocaat niet van de door zijn werkgever gevolgde commerciële strategieën afwijken en zijn zijn mogelijkheden om beroepsmatig onafhankelijk te handelen in geding. Hieruit volgt dat de interne advocaat vanwege zowel zijn economische afhankelijkheid als de nauwe banden met zijn werkgever, beroepsmatig niet even onafhankelijk is als een externe advocaat<sup>54</sup>.

### **Gevolgen overtreden van één van de plichten**

Zowel de geheimhoudingsplicht als de meldingsplicht worden door verschillende rechtsgebieden gehandhaafd. Niet alleen de malafide advocaat die zijn cliënt helpt met witwaspraktijken – om zo op een illegale manier extra inkomen te genereren – is strafbaar op grond van de witwasbepalingen in het Wetboek van

50. Raad van Discipline Arnhem, 25 januari 2010, LJN: YA0374

51. Hof van Discipline 's-Hertogenbosch, 11 september 2009, LJN: YA0029

52. Kamer van Toezicht over Notarissen en Kandidaat-Notarissen 's-Gravenhage, 12 mei 2010, LJN: YC0447

53. Hof van Justitie EG, 14 september 2010, C-550/07 P, Akzo Nobel en Akcros/Commissie

54. Hof van Justitie EG, 14 september 2010, C-550/07 P, Akzo Nobel en Akcros/Commissie, r.o. 47-49

Strafrecht. Iedere advocaat die namens cliënten transacties verricht, moet bedacht zijn op de mogelijke gevolgen van overtreding van de meldingsplicht of de geheimhoudingsplicht. De strafrechter kan een vrijheidsstraf of een geldboete opleggen bij overtreding van de geheimhoudingsplicht en de antiwitwasbepalingen zoals neergelegd in het Wetboek van Strafrecht<sup>55</sup>.

In artikel 1 onder 2 van de Wed op de economische delicten (WED) is niet-naleving van de artikelen 2, 3 eerste lid, 4 eerste lid, 5 eerste en derde lid, 8, 16, 17 tweede lid, 23 eerste en tweede lid, 33 en 34 van de WWFT strafbaar gesteld. Niet-naleving van onder andere de meldingsplicht en de plicht om te voldoen aan een verzoek om nadere informatie, is dus apart strafbaar gesteld in de WED. Op grond van de WED kan de rechter eveneens een vrijheidsstraf of een geldboete opleggen<sup>56</sup>. Daarnaast kan de onderneming die een economisch delict heeft gepleegd maximaal voor een jaar worden stilgelegd (art. 6 e.v. WED). In de Verordening op de administratie en de financiële integriteit<sup>57</sup> (VAFI) is voor de advocaat eveneens de plicht opgenomen de identiteit van de cliënt te verifiëren. Op grond van regel 6 van de Gedragsregels 1992 is de advocaat verplicht tot geheimhouding. De tuchtrechter kan bij schending van de VAFI of de Gedragsregels 1992 echter geen vrijheidsstraf of geldboete opleggen. De tuchtrechter legt bij gegrondverklaring van een klacht maatregelen op die variëren van een enkele waarschuwing tot schrapping van het tableau.

### Bruyninckrichtlijnen en de Vafi

In 1995 heeft de NOvA richtlijnen aanvaard ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen. De regels uit deze zogenoemde Bruyninckx-richtlijnen<sup>58</sup> zijn per 1 juli 2009 opgenomen in de VAFI. Desalniettemin is het van belang om een enkel woord te wijden aan de invoering van de Bruyninckx-richtlijnen. De NOvA acht het van belang de integriteit van de beroepsgroep te beschermen. De advocaat dient zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de beroepsgroep en zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad, aldus de toelichting bij de Bruyninckx-richtlijnen<sup>59</sup>. Dat lijkt echter niet het enige belang te zijn geweest bij invoering van de Bruyninckx-richtlijnen. Het lijkt erop dat de NOvA eveneens de vrees heeft gevoeld voor wettelijke inperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht door de steeds verdergaande anti-witwaswetgeving. Door de advocatuur vergelijkbare, soms ook vergaande maatregelen op te leggen met betrekking tot voorkoming van criminele handelingen, werd wettelijk ingrijpen buiten de deur gehouden. Hetzelfde geldt voor de VAFI. Daar waar de WWFT voor een advocaat slechts van toepassing is indien de advocaat een WWFT-dienst verricht en de procesvrijstelling niet van toepassing is, is de VAFI altijd van toepassing op de advocaat. In hoofdstuk VII van de VAFI is het toezicht op de advocatuur geregeld. De VAFI wijst niet het BFT maar de deken aan als toezichthouder. Op deze manier houdt de NOvA het toezicht zoveel mogelijk binnen de eigen beroepskring, zodat de plichten uit hoofde van de anti-witwaswetgeving en de daarmee gepaard gaande inperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zoveel mogelijk wordt voorkomen. Opmerking verdient dat de NOvA wel belang hecht aan de anti-witwaswetgeving. Naleving van de bepalingen in de WWFT acht de NOvA van belang

55. Artikel 272 Sr respectievelijk de artikelen 420bis-420quinquies Sr

56. Op grond van de WED kan een geldboete worden opgelegd van maximaal € 18.500. Bij rechtspersonen kan echter een geldboete worden opgelegd van € 74.000.

57. Verordening van 25 maart 2009, inwerkingtreding 1 juli 2009, Socr. 2009, 118

58. Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen, Advocatenblad 1995, p. 809-814

59. Advocatenblad 1995, p. 810

voor de integriteit van de beroepsgroep<sup>60</sup>. Dat betekent echter niet dat de NOvA eveneens positief is over een (verdere) inperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht.

Het toezicht op de advocatuur staat tegenwoordig in de schijnwerpers<sup>61</sup>. Mr. Arthur Docters van Leeuwen schreef een advies met 23 aanbevelingen over het huidige toezicht op de advocatuur. Volgens Docters van Leeuwen is het toezicht niet professioneel georganiseerd en wordt onvoldoende gewaarborgd dat gewone burgers van de verslaglegging kennis kunnen nemen. Daarnaast moet er een versterking van het sanctiearsenaal van de deken komen. Docters van Leeuwen stelt voor dat er een ‘wijs persoon’ komt, die toezicht houdt op het toezicht. Docters van Leeuwen is net als de Algemene Raad van de NOvA echter van mening dat er geen externe toezichthouder moet komen, omdat daarmee de onafhankelijkheid van de advocatuur in het gedrang zou komen<sup>62</sup>. Mr. A.T.A. Tilleman heeft eveneens de nodige kritiek op het toezicht op de advocatuur. Volgens Tilleman zou het toezicht met betrekking tot de anti-witwaswetgeving beter door het BFT kunnen worden verricht. Het BFT verricht al jaren prudentieel toezicht op de notariële praktijk en is dus bekend op dit werkterrein<sup>63</sup>.

### Toekomstig recht

Momenteel is een wetsvoorstel ahangig bij de Tweede Kamer tot ‘Wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wet en wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister’ (Wetsvoorstel wijziging Wna)<sup>64</sup>. Het Wetsvoorstel wijziging Wna bevat een belangrijke wijziging met betrekking tot de geheimhoudingsplicht van notarissen.

Het voorgestelde artikel 111a lid 1 bepaalt dat de door het bestuur van het BFT aangewezen personen belast zijn met de feitelijke uitoefening van het toezicht op de naleving van de wettelijke voorschriften bij of krachtens de Wna. Door deze bepaling zijn de aangewezen personen ‘toezichthouders’ in de zin van artikel 5:11 Algemene wet bestuursrecht (Awb). In artikel 111a lid 2 van het Wetsvoorstel wijziging Wna wordt vervolgens bepaald dat een toezichthouder ook inzage kan vorderen in persoonlijke gegevens en bescheiden, voor zover deze betrekking hebben op de persoonlijke financiële administratie van de notaris. Wanneer titel 5.2 van de Awb van toepassing zal zijn op het toezicht op de notaris door het BFT, geldt bij toezichthandelingen voor de notaris ook de medewerkingsplicht op grond van artikel 5:20 Awb. In artikel 111a lid 3 van het Wetsvoorstel wijziging Wna is echter een uitzondering gemaakt op de geheimhoudingsplicht, waardoor in deze situatie het verschoningsrecht van de notaris vervalt en geen beroep kan worden gedaan op artikel 5:20 lid 2 Awb zodat medewerking niet kan worden geweigerd<sup>65</sup>. Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is het voor het toezicht op de integriteit van het notariaat noodzakelijk dat het BFT de moge-

60. Dit blijkt ook uit artikel 11 van de VAFI, waarin de advocaat wordt verplicht de bepalingen uit de WWFT na te leven. De toelichting bij artikel 11 VAFI geeft aan dat naleving van de WWFT van belang is voor de integriteit van de advocatuur.

61. Dit blijkt eveneens uit de door het Advocatenblad uitgebrachte special over Tucht&toezicht van 9 april 2010.

62. Advocatenblad, 9 april 2010, p. 3 en 7

63. Mr. A.T.A. Tilleman, Notariaat en Toezicht, 2009/27, p. 17

64. Kamerstukken II, 2009-2010, 32 250, nr. 2 (Voorstel van wet)

65. Kamerstukken II, 2009-2010, 32 250, nr. 3, p. 30

lijkheid heeft tot onbeperkte inzage in de dossiers van de notaris<sup>66</sup>. Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen, zal dit leiden tot een nog verdere inperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris.

Het Wetsvoorstel wijziging Wna belooft in de toekomst weinig goeds voor de geheimhoudingsplicht van de advocaat, mede gelet op de nieuwsberichten van donderdag 21 oktober 2010<sup>67</sup>. Het Ministerie van Justitie wil dat het BFT inzage krijgt in de dossiers van advocaten, als het BFT cliënten verdenkt van witwassen, fraude of andere criminele activiteiten. Volgens de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) is dit een ontoelaatbare inperking van de geheimhoudingsplicht van de advocaat. Veel ruimte krijgen ze van de overheid echter niet: vóór half december moet de NOvA zelf met een voorstel komen. Doet de NOvA dit niet, of gaat het voorstel de ministers niet ver genoeg, dan komt er een wet die het BFT inzage geeft in cliëntendossiers<sup>68</sup>. Mijns inziens zijn de genoemde ontwikkelingen zeer betreuenswaardig. In plaats van zoeken naar een oplossing voor het conflict tussen de geheimhoudingsplicht en de plichten uit hoofde van de WWFT, stelt de regering voor de geheimhoudingsplicht simpelweg opzij te schuiven. Met het belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot een advocaat moet kunnen wenden, wordt – helaas – allerminst rekening gehouden. Bovendien vraag ik mij af of een dusdanig vergaande inbreuk op de geheimhoudingsplicht van de advocaat wel in overeenstemming is met artikel 6 van het EVRM.

## Conclusie

De geheimhoudingsplicht kan op gespannen voet staan met de WWFT. In de praktijk doemen bijvoorbeeld vragen op bij het verzoek om gegevens en/of inlichtingen te verstrekken. Volgens de WWFT is de advocaat verplicht om aan dit verzoek om nadere informatie te voldoen. De tuchtrechtelijke jurisprudentie laat echter een nuancering zien. De advocaat dient allereerst te onderzoeken van wie het verzoek afkomstig is: van de deken of van het BFT? Vervolgens dient de vertrouwelijkheid van de gegevens te worden gewogen. Indien het gaat om zeer vertrouwelijke gegevens van een cliënt, kan het verzoek van het BFT de geheimhoudingsplicht niet per definitie opzij zetten. Weigering van het verzoek kan dan onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. De uitspraken van tuchtrechtelijke instanties scheppen echter geen eenduidig beeld. In de praktijk zullen zich talloze situaties voordoen waarbij het niet duidelijk is hoe moet worden gehandeld. Het beste advies is om bij onduidelijkheid de deken in te schakelen. Een verkeerde keuze kan immers leiden tot strafrechtelijke en/of tuchtrechtelijke gevolgen voor de advocaat.

Gezien de plannen van de regering zal in de toekomst het BFT dossiers kunnen inzien van zowel advocaten als notarissen. Dit betekent dat een verzoek van het BFT om nadere gegevens niet meer kan worden geweigerd omdat sprake is van verschoningsgerechtigde gegevens. Een zeer betreuenswaardige ontwikkeling waarbij geen rekening wordt gehouden met de rol van de advocaat als vertrouwenspersoon van zijn cliënt.

66. Kamerstukken II, 2009-2010, 32 250, nr. 3, p. 7

67. Zie onder andere <http://www.elsevier.nl/web/Nieuws/Nederland/279102/Opstelten-wil-beroepsgeheim-advocaten-inperken.htm> en A. de Groot, 'Advocatengeheim in gevaar', Het Financieel Dagblad, 21 oktober 2010, p. 1.

68. A. de Groot, 'Advocatengeheim in gevaar', Het Financieel Dagblad, 21 oktober 2010, p. 1