



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 68.792/2
du 1^{er} mars 2021

advies 68.792/2
van 1 maart 2021

sur

over

un avant-projet de loi ‘portant
dispositions financières
diverses relatives à la lutte
contre la fraude’

een voorontwerp van wet
‘houdende diverse financiële
bepalingen inzake
fraudebestrijding’

Le 1^{er} février 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Finances, chargé de la Coordination de la lutte contre la fraude à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 1^{er} mars 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Marianne DONY, assesseurs, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} mars 2021.

*

Op 1 februari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Financiën, belast met de Coördinatie van de fraudebestrijding verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 1 maart 2021. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Christian BEHRENDT en Marianne DONY, assessoren, en Esther CONTI, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne-Stéphanie RENSON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 1 maart 2021.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

RECEVABILITÉ

La section de législation du Conseil d'État est saisie d'une demande d'avis sur un avant-projet de loi 'portant dispositions financières diverses relatives à la lutte contre la fraude', qui entend notamment reproduire un avant-projet similaire, lequel a fait l'objet de l'avis n° 65.304/2, donné le 27 février 2019¹.

Lorsque la section de législation a donné un avis, elle a épuisé la compétence que lui confère la loi et il ne lui appartient dès lors pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, qu'elles aient été revues pour tenir compte des observations faites dans le premier avis ou qu'elles demeurent inchangées.

Il en va différemment lorsqu'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, dont le contenu est indépendant des observations ou suggestions formulées dans le premier avis de la section de législation : en pareil cas, une nouvelle consultation de la section de législation est requise, portant sur les dispositions nouvelles.

Il en va aussi différemment quand interviennent après le premier avis des éléments juridiques nouveaux, de nature à justifier un nouvel examen du texte par la section de législation : en pareil cas, la section de législation doit être saisie des dispositions du texte affectées par ces éléments nouveaux.

Les articles 2 à 45 du présent avant-projet correspondent à celui ayant fait l'objet de l'avis n° 65.304/2 du 27 février 2019, sous réserve de modifications qui résultent des suites qui ont été réservées par l'auteur de l'avant-projet à cet avis².

Eu égard à ce qui précède, la section de législation a épuisé sa saisine et la demande d'avis est irrecevable en tant qu'elle concerne ces dispositions.

Le présent avis ne porte donc que sur les articles 46 à 50 de l'avant-projet.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Avis n° 65.304/2 donné le 27 février 2019 sur un avant-projet de loi 'relative au devoir de dénonciation des mécanismes fiscaux particuliers par les autorités de contrôle du secteur financier', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65304.pdf>.

² Tel est le cas spécialement de l'article 15 de l'avant-projet.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'article 48 traite du registre UBO et se rapporte par conséquent au traitement de données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : le RGPD), combiné avec son article 57, paragraphe 1, c), et le considérant 96 de son préambule, ainsi qu'avec, le cas échéant, l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre notamment de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national qui se rapporte au traitement.

Le commentaire de l'article 48³ dispose à cet égard que,

« [c]oncernant la protection des données et notamment l'application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE et de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements des données à caractère personnel, il convient de se référer à l'avis favorable n° 43/2018 de l'Autorité de protection des données ».

Cet avis n° 43/2018 de l'Autorité de protection des données a été donné le 23 mai 2018 à propos du projet devenu l'arrêté royal du 30 juillet 2018 'relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO', dont l'article 19, § 1^{er}, a entre temps été annulé par le Conseil d'État dans son arrêt n° 247.922 du 26 juin 2020.

Le commentaire de l'article omet de faire référence à l'avis n° 89/2020 du 11 septembre 2020 donné par l'Autorité de protection des données à propos du projet devenu l'arrêté royal du 23 septembre 2020 'modifiant l'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO'.

Dans cet avis, l'Autorité de protection des données a souligné ce qui suit⁴ :

« L'article 18 du [p]rojet remplace l'article 19, § 1^{er} de l'arrêté royal qui avait été annulé par le Conseil d'État par l'arrêt n° 247.922. L'article 19, § 1^{er} annulé de l'arrêté royal obligeait les autorités de contrôle et les entités assujetties à notifier à l'Administration de la Trésorerie toute situation dans laquelle figurerait une incohérence ou une erreur dans les informations du registre afin de pouvoir garantir une meilleure qualité des données dans le registre. Cet article ne prévoyait en ce sens pas d'exception

³ Dans l'exposé des motifs, ce commentaire est présenté erronément comme portant sur l'article 49. L'exposé des motifs contient le commentaire de deux articles présentés comme portant le numéro 49.

⁴ Points 33 à 35.

pour plusieurs entités assujetties comme les avocats qui disposent bel et bien d'une telle limitation dans le cadre de leur obligation de déclaration à la Cellule de traitement des informations financières (ci-après : la CTIF) ⁵.

Le Conseil d'État a toutefois estimé nécessaire de garantir ces particularités en matière d'obligation de déclaration, en ce qui concerne également la notification au registre UBO d'erreurs ou d'incohérences constatées dans les données du registre. À cet effet, il a affirmé que les règles légales qui dérogent au secret professionnel (à l'interdiction de violer le secret professionnel) ne peuvent être interprétées que de manière restrictive, en application du principe de prévisibilité de l'incrimination.

L'Autorité prend acte du projet d'article 19, § 1^{er} de l'arrêté royal qui a été rédigé par analogie avec la limitation de l'obligation de déclaration à la CTIF en vertu des articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017 ».

Force est toutefois de constater que la portée de l'article 48 du projet diffère de celle de l'article 18 tel qu'examiné par l'Autorité de protection des données dans son avis n° 89/2020, en ce que notamment l'intervention du bâtonnier n'est plus prévue comme filtre protecteur du secret professionnel de l'avocat et en ce que la mention dans le registre UBO qu'un signalement a été introduit n'est désormais visible que pour les autorités compétentes.

Dès lors que ces importantes règles ne figurent pas dans l'avant-projet en son état actuel, il convient de soumettre l'avant-projet à l'examen à l'avis de l'Autorité de protection des données. En effet, il n'apparaît pas que la rédaction de l'article 36, paragraphe 4, du RGPD confère la moindre latitude quant à l'opportunité de soumettre ou non une mesure législative ou réglementaire à l'autorité de contrôle. Il suffit que cette mesure porte sur un traitement de données tel que défini à l'article 2, paragraphe 1, du RGPD ⁶.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

ARRÊTÉ DE PRÉSENTATION

1. Un arrêté de présentation est en règle dépourvu de préambule.

Les visas seront donc supprimés ⁷.

2. S'agissant d'une matière monocamérale visée à l'article 74 de la Constitution, l'arrêté de présentation sera formulé en ce sens ⁸.

Par conséquent, les mots « aux Chambres législatives et de déposer » seront omis.

⁵ Note de bas de page n° 9 de l'avis cité : Articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017.

⁶ Voir en ce sens l'avis n° 64.124/2/V donné le 1^{er} août 2018 sur un projet devenu l'arrêté royal du 9 octobre 2018 'modifiant l'arrêté royal du 16 juin 2016 portant création de la communication électronique conformément à l'article 32ter du Code judiciaire' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64124.pdf>).

⁷ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n°s 18 et 227.

⁸ *Ibidem*, formule F 4-1-10-1.

Article 47

Les mots « La disposition prévue à » seront omis et le mot « postaux » sera inséré entre les mots « aux versements » et les mots « sur des comptes ».

Article 48

1.1. L'article 48 tend à donner suite à l'arrêt d'annulation n° 247.922 prononcé par le Conseil d'État le 26 juin 2020.

1.2. Pour rappel, dans cet arrêt, le Conseil d'État a statué sur le recours en annulation introduit par l'Ordre des Barreaux néerlandophones à l'encontre de l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 juillet 2018 'relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO', portant sur l'obligation de signalement à l'Administration de la Trésorerie de toute différence qu'une entité assujettie constaterait entre les informations reprises dans le registre et celles dont elle a connaissance, au motif que cette disposition ne prévoyait pas les garanties de protection du secret professionnel de l'avocat prévues dans l'hypothèse d'une déclaration de soupçon à la CTIF par les articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017 'relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces', à savoir, d'une part, la sauvegarde du secret professionnel de l'avocat lors de ses missions essentielles de défense et de conseil et, d'autre part, l'intervention du bâtonnier comme filtre protecteur⁹. Selon l'Ordre des Barreaux néerlandophones, l'absence de cette double garantie est contraire aux articles 10, 11 et 22 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 7, 8 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi qu'au principe de proportionnalité et à l'article 458 du Code pénal.

1.3. Le Conseil d'État a notamment constaté ce qui suit dans son arrêt n° 247.922 :

« Er is geen betwisting tussen de partijen dat de waarborgen voor het beroepsgeheim van advocaten vervat in de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017 toepasselijk moeten zijn voor de meldingsplicht vervat in het bestreden artikel 19, § 1, van het KB van 30 juli 2018.

Volgens de verzoekende partij blijkt niet dat deze artikelen van de wet van 18 september 2017 eveneens van toepassing zijn wanneer artikel 19, § 1, KB van 30 juli 2018 van toepassing is. Volgens de verwerende partij is dit wel het geval ».

L'État belge ne contestait donc pas que les garanties prévues aux articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017 pour les déclarations de soupçons à la CTIF – à savoir, d'une part, la sauvegarde du secret professionnel de l'avocat lors de ses missions essentielles de défense et de conseil et, d'autre part, l'intervention du bâtonnier comme filtre protecteur – étaient bien applicables à l'obligation de signalement découlant de l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté royal du

⁹ Sur un recours similaire introduit par l'Ordre des Barreaux francophones et germanophone, l'arrêt n° 249.278 du 16 décembre 2020 a jugé que, compte tenu de l'arrêt précité n° 247.922, il n'y avait plus lieu à statuer.

30 juillet 2018¹⁰. Selon l'État belge, l'inapplicabilité de ces garanties ne pouvait en aucun cas être déduite de l'absence de dispositions expresses consacrant ces garanties.

1.4. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a toutefois rejeté ce raisonnement pour le motif suivant :

« [E]lke afwijking van het beroepsgeheim van de advocaat [is] strikt (...) op te vatten en bovendien, [moet] duidelijk en ondubbelzinnig – dit is zonder ruimte voor interpretatie – omringd (...) zijn met de wettelijke waarborgen die essentieel worden geacht om afwijkingen op dat beroepsgeheim in een rechtsstaat te billijken, te weten eensdeels de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat bij rechtszaken en adviesverlening en anderdeels de vereiste tussenkomst van de stafhouder bij het meedelen van gegevens door de advocaten die een wezenlijke waarborg is – zowel voor de advocaten als voor hun cliënten – die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden. De wettelijke regels die van (het verbod) het beroepsgeheim (te schenden) afwijken, kunnen met toepassing van het beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling slechts restrictief worden geïnterpreteerd. De afwijking van het beroepsgeheim, te weten de meldingsplicht ingevoerd bij artikel 19, § 1 van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 - met name de verplichting van elke onderworpen entiteit waaronder te dezen de advocaat, om via elektronische weg aan de Administratie van de Thesaurie, elk verschil te melden dat hij zou vaststellen tussen de in het UBO-register opgenomen informatie en deze waarvan hij kennis heeft - kan niet worden begrepen of gebracht onder de afwijkingen van het beroepsgeheim bedoeld in de artikelen 47, 48, 49 (en 54) van de wet van 18 september 2017 die betrekking hebben op de meldingen en mededelingen van onderworpen entiteiten aan de CFI. De in het bestreden artikel 19, § 1, vermelde meldingsplicht vindt evenmin steun (en kan er ook geen steun in vinden) in de machtigingsbepaling van artikel 75 van de wet van 17 september 2018 die betrekking heeft op het gegevensbeheer en de werking van het UBO-register. Dat UBO-register vindt weliswaar steun in de artikelen 73 en 74 van diezelfde wet doch laatstgenoemde bepalingen voorzien geenszins in een meldingsplicht aan de Administratie van de Thesaurie noch verwijzen zij op enigerlei wijze naar de waarborgen als bedoeld in de artikelen 52 en 53 van diezelfde wet ».

Pour ces motifs, le Conseil d'État a annulé l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 juillet 2018.

¹⁰ Ainsi que le mentionne l'arrêt n° 247.922 précité, l'État belge a en effet insisté sur le fait qu'il fallait prendre en compte la *ratio legis* du cadre réglementaire de l'arrêté royal du 30 juillet 2018 :

« Deze *ratio legis* is gelegen in de voorkoming van het witwassen van geld of terrorismebestrijding, en dit met eerbied voor de waarborgen voor het beroepsgeheim. De waarborgen voor het beroepsgeheim hebben aldus een algemene draagwijdte en dienen dan ook als de algemene regel te worden beschouwd. Dit is een evidentie, te meer daar het een grondrecht betreft dat in de eerste plaats de rechtzoekende ten goede dient te komen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij en de Eerste Auditeur voorhouden, moet worden uitgegaan van de conformiteit van de bestreden bepaling met hogere rechtsnormen, en dit juist omdat artikel 19, § 1 zich inschrijft in de doelstelling van zowel de wetgevende als de uitvoerende macht om een systeem van witwaspreventie te organiseren dat de grondrechten vrijwaart van zowel de rechtzoekende als van de advocaten als zelfstandige medewerkers van het gerecht. Het getuigt bovendien juist van 'legistieke hygiëne' om, zoals in het onderhavige geval, waarborgen niet expliciet in een norm op te nemen wanneer deze waarborgen voor het beroepsgeheim hoe dan ook toepassing vinden ».

1.5. À la suite de cet arrêt d'annulation, un avant-projet d'arrêté royal tendant à remplacer l'article 19, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 30 juillet 2018 a été soumis au Conseil d'État et a donné lieu à l'avis n° 67.849/2/V du 2 septembre 2020 ¹¹.

Force est de constater que cet avant-projet prévoyait également l'application des garanties prévues aux articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017 lors de l'exécution de l'obligation de signalement à l'Administration de la Trésorerie en cas de divergence entre les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre UBO et les informations à la disposition des avocats.

Le rapport au Roi précisait à cet égard que

« [l]e nouvel article 19, § 1^{er}, tel qu'inséré ici par l'article 17, 1°, en projet, ajoute les dispositions nécessaires pour offrir les garanties *indispensables*, ainsi qu'il est prévu aux articles 52 et 53 de la loi du 18 septembre 2017 » (italiques ajoutées).

1.6. Cette disposition n'a toutefois pas été reproduite dans l'arrêté royal du 23 septembre 2020 'modifiant l'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO' dès lors que, comme l'avait souligné la section de législation dans son avis n° 67.849/2/V précité, s'agissant d'une dérogation au secret professionnel, cette matière ne peut en principe être réglée que par la loi ¹². L'article 17 de l'arrêté royal du 23 septembre 2020 'modifiant l'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO' a par conséquent abrogé dans son entièreté l'article 19 de l'arrêté royal du 30 juillet 2018. Comme l'explicite le rapport au Roi précédant cet arrêté,

« le contenu de cet article 19 ainsi que les modifications nécessaires seront inclus dans la loi du 18 septembre 2017 ».

1.7. L'article 48 du présent projet tend ainsi à insérer dans la loi du 18 septembre 2017 le contenu de l'article 19 de l'arrêté royal du 30 juillet 2018 désormais abrogé ainsi que les modifications rendues nécessaires par l'arrêt d'annulation du Conseil d'État n° 247.922 du 26 juin 2020.

1.8. Au vu de ce qui précède, il est dès lors étonnant de constater que, si l'article 48 maintient l'application de la garantie prévue à l'article 53 de la loi du 18 septembre 2017 ¹³, il n'a toutefois plus été jugé utile ni nécessaire de prévoir l'application de la garantie prévue à l'article 52 de la loi du 18 septembre 2017, à savoir le filtre de l'intervention du bâtonnier pour ce qui concerne l'obligation de signalement de discordance dans le registre UBO par les avocats à l'Administration de la Trésorerie.

¹¹ Avis n° 67.849/2/V donné le 2 septembre 2020 sur un avant-projet devenu l'arrêté royal du 23 septembre 2020 'modifiant l'arrêté royal du 30 juillet 2018 relatif aux modalités de fonctionnement du registre UBO' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67849.pdf>).

¹² Le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 23 septembre 2020 s'exprime en ce sens comme suit : « L'article 17 en projet abroge l'article 19 de l'arrêté royal du 30 juillet 2018. Le paragraphe 1^{er} de cet article a été annulé par le Conseil d'État dans son arrêt n° 247.922. Le contenu de cet article 19 ainsi que les modifications nécessaires seront inclus dans la loi du 18 septembre 2017. Comme le Conseil d'État le constate, une question relative à une dérogation au secret professionnel ne peut être réglementée, en principe, que par la loi ».

¹³ Article 74/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet.

1.9. Il convient à cet égard de relever les éléments suivants.

a) *S'agissant de la conformité aux droits fondamentaux protégés par le secret professionnel*

1.10.1. La Cour constitutionnelle a récemment jugé ce qui suit dans son arrêt n° 114/2020 du 24 septembre 2020 :

« B.9.1. Le secret professionnel de l'avocat est une composante essentielle du droit au respect de la vie privée et du droit à un procès équitable.

Le secret professionnel de l'avocat vise en effet principalement à protéger le droit fondamental qu'a la personne qui se confie, parfois dans ce qu'elle a de plus intime, au respect de sa vie privée. Par ailleurs, l'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel imposée à l'avocat est un élément fondamental des droits de la défense.

Comme l'observe la Cour de cassation, 'le secret professionnel auquel sont tenus les membres du barreau repose sur la nécessité d'assurer une entière sécurité à ceux qui se confient à eux' (Cass., 13 juillet 2010, *Pas.*, 2010, n° 480 ; voy. aussi Cass., 9 juin 2004, *Pas.*, 2004, n° 313).

Même s'il n'est 'pas intangible', le secret professionnel de l'avocat constitue dès lors 'l'un des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la justice dans une société démocratique' (CEDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, § 123).

B.9.2. C'est d'autant plus le cas en matière pénale, où le droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination dépend indirectement, mais nécessairement, de la relation de confiance entre l'avocat et son client et de la confidentialité de leurs échanges (*ibid.*, § 118).

B.10. Les manquements aux obligations imposées aux avocats en vertu du livre II de la loi du 18 septembre 2017 sont punis d'une amende administrative. Cette amende, qui peut aller jusqu'à 1 250 000 euros (article 132, § 2, alinéa 2), revêt un caractère répressif prédominant, de telle sorte que la définition de ces manquements doit satisfaire au principe général de prévisibilité des incriminations. En outre, les avocats sont passibles d'une amende pénale de 150 euros à 5 000 euros en cas d'opposition à des inspections et vérifications menées par le bâtonnier, de refus de communiquer des renseignements ou de communication délibérée de renseignements inexacts ou incomplets (article 136, 3°).

B.11. Il découle de ce qui précède que la constitutionnalité des dispositions attaquées doit s'apprécier compte tenu de ce que le secret professionnel de l'avocat est un principe général qui participe du respect des droits fondamentaux, que, pour ce motif et en application du principe général de prévisibilité des incriminations, les règles dérogeant à ce secret ne peuvent être que de stricte interprétation et qu'il faut avoir égard à la manière dont est organisée la profession d'avocat dans l'ordre juridique interne. Ainsi la règle du secret professionnel ne doit elle céder que si cela peut se justifier par un motif impérieux d'intérêt général et si la levée du secret est strictement proportionnée »¹⁴.

¹⁴ Voir dans le même sens notamment les arrêts suivants : C.C., n° 10/2008, 23 janvier 2008 ; n° 127/2013, 26 septembre 2013 ; n° 174/2018, 6 décembre 2018 ; n° 43/2019, 14 mars 2019 ; n° 167/2020, 17 décembre 2020. Voir également l'arrêt du 26 juin 2007 de la Cour de justice de l'Union européenne, *Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres*, C-305/05.

Dans un arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008, la Cour constitutionnelle a également précisé ce qui suit :

« B.8. La lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, qui exercent une influence évidente sur le développement du crime organisé, lequel constitue une menace particulière pour la société, est un objectif légitime d'intérêt général. Toutefois, cet objectif ne saurait justifier une levée inconditionnelle ou illimitée du secret professionnel de l'avocat, car, pour les motifs rappelés en B.6.1 à B.6.3, les avocats ne peuvent être confondus avec les autorités chargées de la recherche des infractions ».

1.10.2. S'agissant spécifiquement de l'intervention du bâtonnier dans le cadre de l'obligation de déclaration de soupçon, la Cour constitutionnelle, dans le même arrêt, l'a qualifiée de « garantie essentielle » pour la sauvegarde du secret professionnel de l'avocat et des droits fondamentaux des personnes concernées par la transmission d'informations :

« B.14.2. L'intervention du bâtonnier dans la transmission d'informations par les avocats à la Cellule de traitement des informations financières est une garantie essentielle, aussi bien pour les avocats que pour leurs clients, qui permet de s'assurer qu'il ne sera porté atteinte au secret professionnel que dans les cas strictement prévus par la loi. Le bâtonnier a pour rôle de vérifier que les conditions d'application légales de l'obligation de communication sont bien remplies et, s'il constate que tel n'est pas le cas, il doit s'abstenir de transmettre l'information qui lui a été communiquée. L'intervention d'un organe d'autorégulation de la profession a été prévue par la directive 'afin de tenir dûment compte de l'obligation de discrétion professionnelle qui incombe [aux avocats] à l'égard de leurs clients' (directive 2001/97/CE, considérant 20). L'intervention du bâtonnier est conçue comme 'un filtre' entre les avocats et les autorités judiciaires, 'pour éviter toute atteinte aux droits fondamentaux de la défense' (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, DOC 51-0383/001, p. 17) »¹⁵.

1.10.3. La Cour européenne des droits de l'homme a également eu l'occasion déjà de mettre en exergue l'importance de la garantie que constitue l'intervention du bâtonnier lorsque la préservation du secret professionnel des avocats est en jeu¹⁶.

Ainsi, dans son arrêt *Michaud c. France* du 6 décembre 2012, la Cour européenne des droits de l'homme a admis la proportionnalité de l'ingérence dans la protection des communications entre un avocat et son client au motif, d'une part, que l'obligation de déclaration de soupçon ne concerne que des activités fort éloignées de la fonction judiciaire de défense¹⁷ et,

¹⁵ C.C., n° 10/2008, 23 janvier 2008.

¹⁶ Notamment Cour eur. D.H., arrêt *André et autre c. France*, n° 18603/03, 24 juillet 2008, §§ 43 et 44 ; arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, n° 51772/99, 25 février 2003, § 69 ; arrêt *Xavier Da Silveira c. France*, n° 43757/05, 21 janvier 2010, §§ 37 à 43 ; arrêt *Sommer c. Allemagne*, n° 73607/13, 27 avril 2017, § 56. Dans ces arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme considère l'intervention du bâtonnier comme une « garantie spéciale de procédure ».

¹⁷ « 127. [...] [L]es avocats ne sont astreints à l'obligation de déclaration de soupçon que dans deux cas. Premièrement, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire. Deuxièmement, lorsque, toujours dans le cadre de leur activité professionnelle, ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies. [...] L'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation [...]. »

d'autre part, en raison de l'intervention du conseil de l'Ordre des avocats dans le processus de divulgation des informations couvertes par le secret professionnel¹⁸. C'est sur la base de ces deux éléments que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'obligation de déclaration de soupçon incombant aux avocats dans le cadre de la lutte contre le blanchiment ne portait pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel.

1.10.4. S'appuyant sur la jurisprudence précitée, le Conseil d'État a par conséquent jugé, dans son arrêt n° 247.922 du 26 juin 2020, que

« elke afwijking van het beroepsgeheim van de advocaat strikt is op te vatten en bovendien, duidelijk en ondubbelzinnig - dit is zonder ruimte voor interpretatie - omringd moet zijn met de wettelijke waarborgen die essentieel worden geacht om afwijkingen op dat beroepsgeheim in een rechtsstaat te billijken, te weten eensdeels de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat bij rechtszaken en adviesverlening en anderdeels de vereiste tussenkomst van de stafhouder bij het meedelen van gegevens door de advocaten die een wezenlijke waarborg is - zowel voor de advocaten als voor hun cliënten - die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden ».

La section du contentieux administratif du Conseil d'État considère donc dans cet arrêt qu'il est essentiel de prévoir les deux garanties pour justifier des dérogations au secret professionnel dans un État de droit.

128. L'obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l'essence même de la mission de défense qui, comme indiqué précédemment, constitue le fondement du secret professionnel des avocats » (Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012).

¹⁸ « 129. Il s'agit ensuite du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu'à ce stade, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n'est pas altéré. Le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou le bâtonnier, plus à même que quiconque d'apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel, ne transmettent ensuite la déclaration de soupçon à Tracfin qu'après s'être assurés que les conditions fixées par l'article L. 561-3 du code monétaire et financier sont remplies (article L. 561-17 du même code ; paragraphe 38 ci-dessus) [...] ».

130. La Cour a du reste déjà eu l'occasion de mettre en exergue la garantie que constitue l'intervention du bâtonnier lorsque la préservation du secret professionnel des avocats est en jeu. Ainsi a-t-elle spécifié que la Convention ne fait pas obstacle à ce que le droit interne prévoie la possibilité de perquisitionner dans le cabinet d'un avocat dans la mesure où il met en œuvre des garanties particulières ; plus largement, elle a souligné que, sous réserve d'un strict encadrement, il n'interdit pas d'imposer aux avocats un certain nombre d'obligations susceptibles de concerner les relations avec leurs clients, notamment en cas d'indices plausibles de participation de l'avocat à une infraction et dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Elle a ensuite à ce titre pris en compte le fait que la visite domiciliaire s'était déroulée en présence du bâtonnier, voyant là une 'garantie spéciale de procédure' (*André et autre*, précité, §§ 42-43). Elle a similairement relevé dans l'arrêt *Roemen et Schmit* précité (§ 69) que la perquisition dans un cabinet d'avocat dont il était question s'était accompagnée de 'garanties spéciales de procédure', dont la présence du bâtonnier. Enfin, dans l'affaire *Xavier da Silveira* précitée (§§ 37 et 43), elle a conclu à la violation de l'article 8 au motif notamment qu'un avocat dont le domicile avait fait l'objet d'une perquisition n'avait pas bénéficié de cette garantie » (Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012).

Elle y insiste par ailleurs sur l'importance de l'intervention du bâtonnier lors de toute communication de données par les avocats,

« die een wezenlijke waarborg is - zowel voor de advocaten als voor hun cliënten - die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden »¹⁹.

1.10.5. Le commentaire de l'article souligne « les implications très différentes » de l'obligation de signalement de divergence dans le registre UBO à l'Administration de la Trésorerie et de l'obligation de déclaration de soupçon à la CTIF afin de justifier l'inutilité de l'intervention du bâtonnier comme filtre protecteur du secret professionnel.

S'il est exact que les deux obligations ont des objets différents, force est toutefois de constater que, tant dans le cas du signalement de discordance dans le registre UBO que dans celui de la déclaration de soupçon à la CTIF, il s'agit d'une obligation, pour l'avocat, de divulguer à un tiers des informations qui lui ont confiées par son client et qui sont éventuellement susceptibles de l'incriminer²⁰. Il s'agit donc, dans les deux cas, d'une dérogation au secret professionnel de l'avocat. Par ailleurs, les manquements à ces deux obligations imposées aux avocats sont punis d'une amende administrative à caractère pénal au sens notamment des articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui peut aller jusqu'à 1 250 000 euros (article 132, § 2, alinéa 2, de la loi du 18 septembre 2017).

S'agissant précisément d'une dérogation au secret professionnel, l'auteur de l'avant-projet a d'ailleurs pour ce motif prévu d'exclure cette obligation de signalement pour les informations obtenues dans le cadre de l'essence même de la mission de défense de l'avocat qui, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, constitue le fondement du secret professionnel des avocats.

En conclusion, à défaut de justifications particulièrement circonstanciées tendant à démontrer, dans le contexte qui vient d'être présenté, la nécessité impérieuse pour l'auteur du projet de supprimer son intervention, il n'apparaît pas proportionné, en l'état, de ne pas prévoir également à l'article 48 du projet l'intervention du bâtonnier comme filtre protecteur du secret professionnel afin que celui-ci – « plus à même que quiconque d'apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel »²¹ – puisse s'assurer que les conditions légales de la dérogation sont remplies.

¹⁹ À noter que, dans son avis n° 67.013/2 donné le 12 mars 2020 sur un avant-projet devenu la loi du 20 juillet 2020 'portant des dispositions diverses relatives à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67013.pdf>), la section de législation a également insisté sur l'importance de la fonction de « filtre » du bâtonnier.

²⁰ À la différence des informations devant être fournies chaque année par les avocats à l'administration fiscale au sujet des clients assujettis à la TVA auxquels ils ont fournis des services. Dans son arrêt n° 43/2019 du 14 mars 2019, la Cour constitutionnelle a en effet considéré qu'il n'est pas dénué de justification raisonnable d'obliger un avocat à communiquer à l'Administration de la TVA les données limitées qui figurent dans le listing TVA dès lors notamment que les données qui figurent dans le listing TVA « ne touchent pas à des activités qui se situent au cœur de la mission de l'avocat, étant donné qu'elles ne portent pas sur des informations confidentielles communiquées à l'avocat par son client et qui sont éventuellement susceptibles de l'incriminer » (B.13).

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, point 129.

b) *S'agissant de la conformité au droit européen*

1.11.1. Le commentaire de l'article justifie par ailleurs en ces termes l'exclusion du filtre de l'intervention du bâtonnier par le motif selon lequel celui-ci n'est pas expressément prévu par la directive (UE) n° 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 'relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission' :

« [I]e fait que la notification à la CTIF soit de nature totalement différente de la notification au registre UBO a été ignoré auparavant, comme le montre également le fait que la directive 2015/849 précitée prévoit bien à l'article 34.1 (chapitre IV concernant les obligations de déclaration) une exception à l'obligation de notification des professionnels du droit à la CTIF, mais il n'existe par contre aucune exception pour les professionnels du droit en ce qui concerne la notification de corrections au registre UBO (chapitre III concernant les informations sur les bénéficiaires effectifs). L'ajout du filtre de l'intervention du Bâtonnier adjoint à présent une condition supplémentaire à la directive 2015/849, ce qui entraîne donc le risque que cette directive ne soit pas correctement transposée ».

1.11.2. Dans le cadre du volet préventif en matière de prévention du blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, la directive n° 2015/849 (également désignée comme étant la « quatrième directive anti-blanchiment ») a introduit l'obligation pour les États membres de mettre en place un registre des bénéficiaires effectifs des entités juridiques constituées sur leur territoire, ainsi qu'un registre des bénéficiaires effectifs des fiducies et trusts.

La « cinquième directive anti-blanchiment »²² y a ajouté l'obligation pour les entités assujetties et, le cas échéant et dans la mesure où cette exigence n'interfère pas inutilement avec leurs fonctions, les autorités compétentes de signaler toute divergence qu'elles rencontrent entre les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre central et les informations sur les bénéficiaires effectifs qui sont à leur disposition.

L'article 30, paragraphe 4, de la directive n° 2015/849 dispose ainsi ce qui suit :

« Les États membres exigent que les informations conservées dans le registre central visé au paragraphe 3 soient adéquates, exactes et actuelles, et mettent en place des mécanismes à cet effet. Parmi ces mécanismes figure l'obligation pour les entités assujetties et, le cas échéant et dans la mesure où cette exigence n'interfère pas inutilement avec leurs fonctions, les autorités compétentes de signaler toute divergence qu'elles rencontrent entre les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre central et les informations sur les bénéficiaires effectifs qui sont à leur disposition. Lorsque des divergences sont signalées, les États membres veillent à ce que des mesures appropriées soient prises afin de résoudre ces divergences en temps utile et, le cas échéant, à ce que, dans l'intervalle, une mention spécifique figure dans le registre central ».

²² Il s'agit de la directive (UE) n° 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 'modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE'.

Il en va de même à l'article 31, paragraphe 5, de la directive n° 2015/849, pour ce qui concerne les fiducies et les trusts :

« Les États membres exigent que les informations conservées dans le registre central visé au paragraphe 3bis soient adéquates, exactes et actuelles, et mettent en place des mécanismes à cet effet. Parmi ces mécanismes figure l'obligation pour les entités assujetties et, le cas échéant et dans la mesure où cette exigence n'interfère pas inutilement avec leurs fonctions, les autorités compétentes de signaler toute divergence qu'elles rencontrent entre les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre central et les informations sur les bénéficiaires effectifs dont elles disposent. Lorsque des divergences sont signalées, les États membres veillent à ce que des mesures appropriées soient prises afin de résoudre ces divergences en temps utile et, le cas échéant, à ce que, dans l'intervalle, une mention spécifique figure dans le registre central ».

Cette nouvelle exigence a été justifiée comme suit dans le considérant n° 25 de la « cinquième directive anti-blanchiment » :

« (25) Les États membres sont actuellement tenus de veiller à ce que les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire obtiennent et conservent des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs. La nécessité de disposer d'informations exactes et actualisées sur le bénéficiaire effectif joue un rôle déterminant pour remonter jusqu'aux criminels, qui pourraient autrement masquer leur identité derrière une structure de société. Le système financier interconnecté à l'échelle mondiale permet de dissimuler et de transférer des fonds à travers le monde, une possibilité dont les blanchisseurs des capitaux, ceux qui financent le terrorisme ainsi que d'autres criminels ont de plus en plus fait usage ».

1.11.3. Cette obligation de signalement de toute divergence entre les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre central et les informations sur les bénéficiaires effectifs qui sont à la disposition des entités assujetties doit être distinguée de l'obligation de déclaration de soupçon visée au chapitre IV de la directive n° 2015/849.

Il est vrai que l'article 34, paragraphe 1, de la directive n° 2015/849 ne prévoit l'intervention d'un « filtre » (« organisme d'autorégulation approprié ») que dans l'hypothèse d'une déclaration de soupçon. Les articles 30 et 31 de la directive n° 2015/849 ne prévoient pas expressément cette possibilité s'agissant de l'obligation de signalement de divergence entre les informations du registre central et les informations en possession de ces entités assujetties.

De la même manière, l'article 34, paragraphe 2, de la directive n° 2015/849 exclut l'application de l'obligation de déclaration de soupçon « aux notaires, aux membres des autres professions juridiques indépendantes, aux auditeurs, aux experts-comptables externes [et] aux conseillers fiscaux » pour les « informations qu'ils reçoivent de l'un de leurs clients ou obtiennent sur l'un de leurs clients, lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation de ce client dans une procédure

judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure ». Quant aux articles 30 et 31 de la directive n° 2015/849, ils ne prévoient pas expressément cette exemption s'agissant de l'obligation de signalement de divergence entre les informations du registre central et les informations en possession de ces entités assujetties.

1.11.4. L'article 74/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet prévoit toutefois, sans que cela ne soit expressément prévu par la directive n° 2015/849, une exemption pour

« les entités assujetties visées à l'article 5, § 1^{er}, 23° à 28°, [de] communiqu[er] [...] la différence constatée [...], lorsque les informations et renseignements ont été reçus d'un client ou obtenus sur un client lors de l'évaluation de la situation juridique de ce client ou dans l'exercice de leur mission de défense ou de représentation du client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une procédure, que ces informations ou renseignements soient reçus ou obtenus avant, pendant ou après cette procédure, sauf si les entités assujetties visées ont pris part à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ont fourni un conseil juridique à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou savent que le client a sollicité un conseil juridique à de telles fins »²³.

Ce faisant, le projet à l'examen prévoit par conséquent une garantie de protection du secret professionnel pourtant non expressément prévue par la directive n° 2015/849.

La logique du raisonnement développé à l'appui du commentaire de l'article ne peut donc pas être suivie.

1.11.5. Si elle n'est pas expressément prévue par la directive n° 2015/849 à l'égard de l'obligation de signalement de différence entre les informations contenues dans le registre central et les informations dont les professionnels du droit ont eu connaissance, cette exemption s'inscrit néanmoins dans le cadre de la *ratio legis* de cette obligation, telle qu'explicitée dans le considérant n° 9 :

« Les membres des professions juridiques, telles qu'elles sont définies par les États membres, devraient être soumis à la présente directive lorsqu'ils participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés, notamment lorsqu'ils fournissent des conseils en matière fiscale, car c'est là que le risque de détournement de leurs services à des fins de blanchiment des produits du crime ou de financement du terrorisme est le plus élevé. Il conviendrait toutefois de soustraire à toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant ou après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Par conséquent, le conseil

²³ Le commentaire de l'article justifie cette exemption comme suit :

« [...] [L]'obligation en question de notification au registre UBO reprend *mutatis mutandis* également la garantie telle que formulée à l'article 53 de la loi anti-blanchiment, et se réfère explicitement à l'évaluation de la situation juridique du client et à la défense ou la représentation d'un client dans une procédure judiciaire ou concernant une telle procédure. La présente disposition juridique reconnaît donc que, dans le cadre de l'évaluation de la situation juridique et de la défense ou de la représentation en justice du client, le secret professionnel est pleinement applicable ; il n'y a donc aucune incidence sur ces tâches essentielles. Tant la fonction consultative dans l'évaluation de la situation juridique du client que la représentation en justice restent pleinement protégées par le secret professionnel ».

juridique devrait rester soumis à l'obligation de secret professionnel, sauf si le membre d'une profession juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, fournit des conseils juridiques à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou sait que son client le sollicite à de telles fins ».

1.11.6. De la même manière, si l'intervention du bâtonnier n'est pas expressément prévue par la directive n° 2015/849 à l'égard de l'obligation de signalement de divergence entre les informations contenues dans le registre central et les informations dont les professionnels du droit ont eu connaissance, il convient toutefois de pointer le considérant n° 51 de la cinquième directive anti-blanchiment, aux termes duquel

« [l]a présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée 'Charte'), en particulier le droit au respect de la vie privée et familiale (article 7 de la Charte), le droit à la protection des données à caractère personnel (article 8 de la Charte) et la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte) ».

Le considérant n° 39 de la directive n° 2015/849 le confirme dans les termes suivants :

« Pour certaines entités assujetties, les États membres devraient avoir la possibilité de désigner un organisme approprié d'autorégulation comme étant l'autorité à informer en premier lieu à la place de la CRF. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un système de déclaration, en premier lieu, à un organisme d'autorégulation constitue une garantie importante de la protection des droits fondamentaux pour ce qui concerne les obligations de déclaration applicables aux avocats. *Les États membres devraient fournir les moyens et la méthode permettant de protéger le secret professionnel, la confidentialité et la vie privée* » (italiques ajoutés).

En tout état de cause, la directive doit s'interpréter de manière conforme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, spécialement à ses articles 47 et 48, et à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantissent notamment le droit au procès équitable et les droits de la défense, en ce compris les droits qu'ils impliquent quant à leur effectivité touchant au secret professionnel et donc à la garantie de l'intervention du bâtonnier en cas d'obligation de divulgation d'éléments connus d'un avocat à des tiers.

1.11.7. Par conséquent, même si la directive n° 2015/849 ne prévoit pas expressément dans son dispositif les mêmes garanties de protection du secret professionnel pour les signalements des discordances dans le registre central que pour les déclarations de soupçon, celle-ci ne peut s'analyser comme s'opposant à ce que de telles garanties (ayant pour objectif la protection des droits fondamentaux en cause) soient prévues dans le cadre de sa transposition.

1.12. Le commentaire de l'article fait enfin état de régimes « moins stricts » en matière de secret professionnel des avocats applicables dans d'autres États membres.

Il a en effet été constaté ce qui suit sur ce point :

« L'étude comparative des droits des États membres de l'Union montre bien que le secret professionnel des avocats existe dans la plupart de ces États avec rang de principe fondamental et statut de règle d'ordre public. La même étude fait ressortir, cependant, que l'étendue et les modalités de protection du secret professionnel varient assez largement d'un ordre juridique à l'autre »²⁴.

À cet égard, la Cour constitutionnelle a toutefois rappelé dans son arrêt n° 10/2008 du 23 janvier 2008, que

« [L]a Cour de justice a également souligné, dans son arrêt *Wouters et autres* du 19 février 2002 (*Rec.*, 2002, I, p. 1577), qu'en l'absence de règles communautaires spécifiques, chaque État membre reste, en principe, libre de régler l'exercice de la profession d'avocat sur son territoire, que des règles peuvent, de ce fait, différer substantiellement d'un État membre à l'autre et que, dans un pays où l'avocat se trouve dans une situation d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, des autres opérateurs et des tiers, il doit offrir 'la garantie que toutes les initiatives qu'il prend dans un dossier le sont en considération de l'intérêt exclusif du client' (point 102) et qu'un État membre peut 'considérer que l'avocat [doit] défendre son client de manière indépendante et dans le respect d'un strict secret professionnel' (point 105) »²⁵.

1.13. En conclusion, l'article 48 sera revu afin d'y intégrer l'intervention du bâtonnier comme filtre protecteur du secret professionnel dans la mesure où son intervention constitue une garantie essentielle permettant de considérer que la levée du secret professionnel est « strictement proportionnée » au sens requis par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle²⁶ et conforme aux exigences qui se déduisent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme²⁷.

2. Dans un souci de sécurité juridique et d'uniformisation de la terminologie utilisée, dans le texte français du paragraphe 1^{er}, alinéa 3, en projet, le mot « notification » sera remplacé par le mot « signalement ».

3. Au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, en projet, interrogé quant à la portée des termes « les fondements du signalement », le délégué du ministre a précisé ce qui suit :

« Les termes 'fondements du signalement' visent à désigner les éléments ou informations sur lesquels porte la notification. Ainsi, la notification pourra porter sur les éléments suivants : (i) les informations basiques de la société (e.g. adresse, forme légale),

²⁴ C.J.U.E., affaire C-305/05, conclusions de l'avocat général présentées le 14 décembre 2006, point n° 39, p. I-5321.

²⁵ C.C., n° 10/2008, 23 janvier 2008, B.7.7.

²⁶ Voir le considérant B.11 de l'arrêt n° 114/2020 du 24 septembre 2020, cité au point 1.10.1 du présent avis.

²⁷ Voir le point 1.10.3 du présent avis.

(ii) les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre UBO (e.g. identité, nature et étendue de l'intérêt effectif) ou (iii) des informations qui seraient manquantes (e.g. un UBO n'a pas été enregistré) ».

Cette précision gagnerait à figurer dans le commentaire de l'article.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ONTVANKELIJKHEID

De afdeling Wetgeving van de Raad van State is verzocht een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘houdende diverse financiële bepalingen inzake fraudebestrijding’, dat er inzonderheid toe strekt een soortgelijk voorontwerp over te nemen waarover op 27 februari 2019 advies 65.304/2 uitgebracht is.¹

Wanneer de afdeling Wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze de bevoegdheid opgebruikt die ze krachtens de wet heeft en het komt haar derhalve niet toe om zich opnieuw uit te spreken over reeds onderzochte bepalingen, ongeacht of ze herzien zijn teneinde rekening te houden met de opmerkingen die in het eerste advies gemaakt zijn, dan wel ongewijzigd blijven.

Dat geldt niet wanneer overwogen wordt in de tekst volledig nieuwe bepalingen in te voegen waarvan de inhoud losstaat van de opmerkingen of voorstellen die door de afdeling Wetgeving in het eerste advies zijn geformuleerd: in zo’n geval moet de afdeling Wetgeving weer geraadpleegd worden over de nieuwe bepalingen.

Dat geldt evenmin wanneer na het eerste advies nieuwe juridische gegevens opduiken die kunnen rechtvaardigen dat de tekst door de afdeling Wetgeving nogmaals onderzocht wordt: in zo’n geval moeten de bepalingen van de tekst waarvoor die nieuwe gegevens consequenties hebben, aan de afdeling Wetgeving voorgelegd worden.

De artikelen 2 tot 45 van dit voorontwerp stemmen overeen met het voorontwerp waarover op 27 februari 2019 advies 65.304/2 uitgebracht is, onder voorbehoud van wijzigingen die voortvloeien uit het gevolg dat door de steller van het voorontwerp aan dat advies gegeven is.²

Gelet op wat voorafgaat, heeft de afdeling Wetgeving haar rechtsmacht uitgeput en is de adviesaanvraag niet-ontvankelijk in zoverre die betrekking heeft op die bepalingen.

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ Advies 65.304/2, op 27 februari 2019 gegeven over een voorontwerp van wet ‘betreffende de verplichting tot aangifte van bijzondere fiscale mechanismen door de financiële toezichthouders’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/65304.pdf>.

² Dat is inzonderheid het geval met artikel 15 van het voorontwerp.

Dit advies heeft dus enkel betrekking op de artikelen 46 tot 50 van het voorontwerp.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Artikel 48 handelt over het UBO-register en heeft bijgevolg betrekking op de verwerking van persoonsgegevens.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: de AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van de aanhef ervan en, in voorkomend geval, met artikel 2, tweede lid, van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, onder meer te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel in verband met verwerking.

In de bespreking van artikel 48³ staat in dat verband het volgende te lezen:

“Inzake gegevensbescherming, en meer bepaald wat betreft de toepassing van de Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG en de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, wordt verwezen naar het gunstig advies nr. 43/2018 van de gegevensbeschermingsautoriteit.”

Dat advies nr. 43/2018 is op 23 mei 2018 door de Gegevensbeschermingsautoriteit uitgebracht over het ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 30 juli 2018 ‘betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’, waarvan artikel 19, § 1, ondertussen door de Raad van State bij arrest nr. 247.922 van 26 juni 2020 vernietigd is.

In de bespreking van het artikel wordt niet verwezen naar advies nr. 89/2020 dat op 11 september 2020 door de Gegevensbeschermingsautoriteit uitgebracht is over het ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 23 september 2020 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’.

³ In de memorie van toelichting wordt die bespreking verkeerdelijk voorgesteld als de bespreking van artikel 49. De memorie van toelichting bevat verkeerdelijk de bespreking van twee artikelen met het nummer 49.

In dat advies heeft de Gegevensbeschermingsautoriteit het volgende benadrukt:⁴

“Artikel 18 van het [o]ntwerp vervangt artikel 19, § 1 van het koninklijk besluit dat werd vernietigd door de Raad van State bij arrest nr. 247.922. Het vernietigde artikel 19, § 1, verplicht de toezichthoudende autoriteiten en onderworpen entiteiten de Administratie van de Thesaurie in kennis te stellen van elke situatie waarin er een incoherentie of fout zou zitten in de informatie van het register teneinde een betere kwaliteit van de gegevens in het register te kunnen waarborgen. Het artikel voorziet in die zin geen uitzonderingen voor een aantal onderworpen entiteiten zoals de advocaten die wel beschikken over een dergelijke beperking in het kader van hun meldplicht aan de Cel voor financiële informatie (hierna: CFI).⁵

De Raad van State acht het evenwel noodzakelijk om deze bijzonderheden inzake de meldplicht te waarborgen, ook voor wat betreft de melding aan het UBO-register van vastgestelde fouten of incoherenties in de gegevens van het register. Daartoe stelt zij dat de wettelijke regels die van (het verbod) het beroepsgeheim (te schenden) afwijken, met toepassing van het beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling slechts, restrictief kunnen worden geïnterpreteerd.

De Autoriteit neemt akte van het ontworpen artikel 19, § 1 dat werd opgesteld naar analogie met de beperking van de meldplicht aan de CFI *ex* artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017.”

Er moet evenwel vastgesteld worden dat artikel 48 van het ontwerp een andere strekking heeft dan artikel 18, zoals onderzocht door de Gegevensbeschermingsautoriteit in haar advies nr. 89/2020, meer bepaald doordat niet meer voorzien wordt in de tussenkomst van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat en doordat de vermelding in het UBO-register dat een melding gedaan is voortaan enkel nog voor de bevoegde autoriteiten zichtbaar is.

Aangezien die belangrijke regels niet in de huidige versie van het voorontwerp opgenomen zijn, dient het voorliggende voorontwerp om advies voorgelegd te worden aan de Gegevensbeschermingsautoriteit. Uit de redactie van artikel 36, lid 4, van de AVG blijkt immers niet dat ook maar enige ruimte gelaten is wat betreft de wenselijkheid om een wettelijke of verordenende maatregel al dan niet aan de toezichthoudende autoriteit te onderwerpen. Het volstaat dat die maatregel betrekking heeft op een verwerking van gegevens zoals bepaald in artikel 2, lid 1, van de AVG.⁶

⁴ Punten 33 tot 35.

⁵ Voetnoot 9 van het geciteerde advies: Artikelen 52-53 van de wet van 18 september 2017.

⁶ Zie in die zin advies 64.124/2/V, op 1 augustus 2018 gegeven over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 9 oktober 2018 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 16 juni 2016 houdende de elektronische communicatie overeenkomstig artikel 32ter van het Gerechtelijk Wetboek’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/64124.pdf>).

BIJZONDERE OPMERKINGEN

INDIENINGSBESLUIT

1. Een indieningsbesluit heeft, in de regel, geen aanhef.

De aanhefverwijzingen moeten dus weggelaten worden.⁷

2. Aangezien het gaat om een monocamerale aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet, moet het indieningsbesluit in die zin geformuleerd worden.⁸

Bijgevolg moeten de woorden “aan de Wetgevende kamers voor te leggen en” geschrapt worden.

Artikel 47

De woorden “De bepaling voorzien in” dienen weg te vallen en het woord “storingen” moet worden vervangen door het woord “poststoringen”.

Artikel 48

- 1.1. Artikel 48 strekt ertoe gevolg te geven aan vernietigingsarrest nr. 247.922 dat de Raad van State op 26 juni 2020 heeft gewezen.

- 1.2. Er wordt aan herinnerd dat de Raad van State in dat arrest uitspraak heeft gedaan over het beroep tot nietigverklaring ingesteld door de Orde van Vlaamse Balies tegen artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 ‘betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’, betreffende de verplichting aan de Administratie van de Thesaurie elk verschil te melden dat een onderworpen entiteit zou vaststellen tussen de in het register opgenomen informatie en de informatie waarvan zij kennis heeft, om de reden dat die bepaling niet voorzag in de waarborgen ter bescherming van het beroepsgeheim van de advocaat waarin de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017 ‘tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’ wel voorzien in het geval van een melding van vermoedens aan de CFI. Die waarborgen zijn enerzijds de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat in de uitoefening van zijn voornaamste opdrachten van verdediging en raadgeving en anderzijds de tussenkomst van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim.⁹ Volgens de Orde van Vlaamse Balies is het ontbreken van deze dubbele waarborg strijdig met de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, in samenhang

⁷ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 18 en 227.

⁸ *Ibidem*, formule F 4-1-10-1.

⁹ Naar aanleiding van een soortgelijk beroep ingesteld door de Orde van de Franstalige en Duitstalige balies is in arrest nr. 249.278 van 16 december 2020 geoordeeld dat er, gelet op het voornoemde arrest nr. 247.922, geen grond meer was om uitspraak te doen.

gelezen met de artikelen 6 en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 7, 8 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, alsook met het evenredigheidsbeginsel en met artikel 458 van het Strafwetboek.

1.3. In arrest nr. 247.922 heeft de Raad van State inzonderheid het volgende vastgesteld:

“Er is geen betwisting tussen de partijen dat de waarborgen voor het beroepsgeheim van advocaten vervat in de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017 toepasselijk moeten zijn voor de meldingsplicht vervat in het bestreden artikel 19, § 1, van het KB van 30 juli 2018.

Volgens de verzoekende partij blijkt niet dat deze artikelen van de wet van 18 september 2017 eveneens van toepassing zijn wanneer artikel 19, § 1, KB van 30 juli 2018 van toepassing is. Volgens de verwerende partij is dit wel het geval.”

De Belgische Staat heeft dus niet betwist dat de waarborgen waarin voorzien is in de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017 wat betreft de meldingen van vermoedens aan de CFI – namelijk enerzijds de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat in de uitoefening van zijn voornaamste opdrachten van verdediging en raadgeving en anderzijds het optreden van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim – wel degelijk ook gelden voor de meldingsplicht die voortvloeit uit artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 30 juli 2018.¹⁰ Volgens de Belgische Staat viel uit het ontbreken van uitdrukkelijke bepalingen ter vaststelling van die waarborgen helemaal niet af te leiden dat die waarborgen niet van toepassing zouden zijn.

1.4. Steunend op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, heeft de Raad van State die redenering evenwel verworpen om de volgende reden:

“[E]lke afwijking van het beroepsgeheim van de advocaat [is] strikt (...) op te vatten en [moet] bovendien, duidelijk en ondubbelzinnig – dit is zonder ruimte voor interpretatie – omringd (...) zijn met de wettelijke waarborgen die essentieel worden geacht om afwijkingen op dat beroepsgeheim in een rechtsstaat te billijken, te weten eensdeels de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat bij rechtszaken en adviesverlening en anderdeels de vereiste tussenkomst van de stafhouder bij het meedelen van gegevens door de advocaten die een wezenlijke waarborg is – zowel voor de advocaten als voor hun cliënten – die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden. De wettelijke

¹⁰ Zoals wordt gesteld in het voornoemde arrest nr. 247.922, heeft de Belgische Staat immers benadrukt dat rekening diende te worden gehouden met de *ratio legis* van het regelgevende kader van het koninklijk besluit van 30 juli 2018: “Deze *ratio legis* is gelegen in de voorkoming van het witwassen van geld of terrorismebestrijding, en dit met eerbied voor de waarborgen voor het beroepsgeheim. De waarborgen voor het beroepsgeheim hebben aldus een algemene draagwijdte en dienen dan ook als de algemene regel te worden beschouwd. Dit is een evidentie, te meer daar het een grondrecht betreft dat in de eerste plaats de rechtzoekende ten goede dient te komen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij en de Eerste Auditeur voorhouden, moet worden uitgegaan van de conformiteit van de bestreden bepaling met hogere rechtsnormen, en dit juist omdat artikel 19, § 1 zich inschrijft in de doelstelling van zowel de wetgevende als de uitvoerende macht om een systeem van witwaspreventie te organiseren dat de grondrechten vrijwaart van zowel de rechtzoekende als van de advocaten als zelfstandige medewerkers van het gerecht. Het getuigt bovendien juist van ‘legistieke hygiëne’ om, zoals in het onderhavige geval, waarborgen niet expliciet in een norm op te nemen wanneer deze waarborgen voor het beroepsgeheim hoe dan ook toepassing vinden.”

regels die van (het verbod) het beroepsgeheim (te schenden) afwijken, kunnen met toepassing van het beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling slechts restrictief worden geïnterpreteerd. De afwijking van het beroepsgeheim, te weten de meldingsplicht ingevoerd bij artikel 19, § 1 van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 - met name de verplichting van elke onderworpen entiteit waaronder te dezen de advocaat, om via elektronische weg aan de Administratie van de Thesaurie, elk verschil te melden dat hij zou vaststellen tussen de in het UBO-register opgenomen informatie en deze waarvan hij kennis heeft - kan niet worden begrepen of gebracht onder de afwijkingen van het beroepsgeheim bedoeld in de artikelen 47, 48, 49 (en 54) van de wet van 18 september 2017 die betrekking hebben op de meldingen en mededingen van onderworpen entiteiten aan de CFI. De in het bestreden artikel 19, § 1, vermelde meldingsplicht vindt evenmin steun (en kan er ook geen steun in vinden) in de machtigingsbepaling van artikel 75 van de wet van 17 september 2018 die betrekking heeft op het gegevensbeheer en de werking van het UBO-register. Dat UBO-register vindt weliswaar steun in de artikelen 73 en 74 van diezelfde wet doch laatstgenoemde bepalingen voorzien geenszins in een meldingsplicht aan de Administratie van de Thesaurie noch verwijzen zij op enigerlei wijze naar de waarborgen als bedoeld in de artikelen 52 en 53 van diezelfde wet.”

Om die redenen heeft de Raad van State artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 vernietigd.

1.5. Na dat vernietigingsarrest is een voorontwerp van koninklijk besluit tot vervanging van artikel 19, § 1, van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 voorgelegd aan de Raad van State, die daarover op 2 september 2020 advies 67.849/2/V heeft uitgebracht.¹¹

Er dient te worden vastgesteld dat de waarborgen, bepaald in de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017, volgens dat voorontwerp ook gelden bij het nakomen van de verplichting om aan de Administratie van de Thesaurie elk verschil te melden tussen de informatie over uiteindelijke begunstigen in het UBO-register en de informatie waarover de advocaten beschikken.

In het verslag aan de Koning werd in dat verband het volgende opgemerkt:

“Het nieuwe artikel 19, § 1, als ingevoegd hier bij ontwerpartikel 17, 1°, voegt de nodige bepalingen in om de *nodige* waarborgen te bieden zoals ook voorzien is in de artikelen 52 en 53 van de wet van 18 september 2017” (eigen cursivering).

1.6. Die bepaling is evenwel niet overgenomen in het koninklijk besluit van 23 september 2020 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’, aangezien die aangelegenheid, die immers een afwijking van het beroepsgeheim betreft, in principe alleen bij wet kan worden geregeld, zoals de afdeling Wetgeving in haar advies 67.849/2/V had benadrukt.¹² Artikel 17 van het koninklijk

¹¹ Advies 67.849/2/V, op 2 september 2020 uitgebracht over een voorontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 23 september 2020 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’, (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/67849.pdf>).

¹² In het verslag aan de Koning dat bij het koninklijk besluit van 23 september 2020 is gevoegd, wordt in die zin het volgende gesteld:

“Ontwerpartikel 17 heft het artikel 19 op van het koninklijk besluit van 30 juli 2018. Paragraaf 1 van dit artikel is vernietigd door de Raad van State bij arrest nr. 247.922. De inhoud van dit artikel 19 alsook de nodige wijzigingen

besluit van 23 september 2020 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende de werkingsmodaliteiten van het UBO-register’ heeft bijgevolg het volledige artikel 19 van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 opgeheven. In het verslag aan de Koning dat aan dat besluit voorafgaat, wordt het volgende gesteld:

“De inhoud van dit artikel 19 alsook de nodige wijzigingen ervan zullen worden opgenomen in de wet van 18 september 2017.”

1.7. Artikel 48 van dit ontwerp strekt er aldus toe in de wet van 18 september 2017 de inhoud in te voegen van het inmiddels opgeheven artikel 19 van het koninklijk besluit van 30 juli 2018, alsook de wijzigingen die noodzakelijk geworden zijn ingevolge vernietigingsarrest nr. 247.922 van de Raad van State van 26 juni 2020.

1.8. Gelet op hetgeen voorafgaat, is het dan ook verbazingwekkend te moeten vaststellen dat in artikel 48 de toepassing van de waarborg bedoeld in artikel 53 van de wet van 18 september 2017 weliswaar gehandhaafd blijft,¹³ maar dat het noch nuttig, noch noodzakelijk wordt geacht ook te voorzien in de toepassing van de waarborg bedoeld in artikel 52 van de wet van 18 september 2017, namelijk de filter van de tussenkomst van de stafhouder in verband met de verplichting voor de advocaten om aan de Administratie van de Thesaurie elke discrepantie in het UBO-register te melden.

1.9. In dat verband dient op de volgende elementen te worden gewezen.

a) Betreffende de overeenstemming met de door het beroepsgeheim beschermde grondrechten

1.10.1. Het Grondwettelijk Hof heeft onlangs het volgende geoordeeld in zijn arrest nr. 114/2020 van 24 september 2020:

“B.9.1. Het beroepsgeheim van de advocaat is een essentieel bestanddeel van het recht op eerbiediging van het privéleven en van het recht op een eerlijk proces.

Het beroepsgeheim van de advocaat heeft immers hoofdzakelijk tot doel het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen van diegene die iemand in vertrouwen neemt, soms over iets heel persoonlijks. De effectiviteit van de rechten van verdediging van iedere rechtzoekende veronderstelt daarenboven noodzakelijkerwijs dat een vertrouwensrelatie tot stand kan komen tussen die persoon en de advocaat die hem raad geeft en hem verdedigt. Die noodzakelijke vertrouwensrelatie kan alleen tot stand komen en behouden blijven indien de rechtzoekende de waarborg heeft dat wat hij aan zijn advocaat toevertrouwt door die laatstgenoemde niet openbaar zal worden gemaakt. Hieruit volgt dat de aan de advocaat opgelegde regel van het beroepsgeheim een fundamenteel element van de rechten van verdediging is.

Zoals het Hof van Cassatie erop wijst, ‘[berust] het beroepsgeheim waaraan de leden van de balie zijn onderworpen, [...] op de noodzaak volledige veiligheid te verzekeren aan diegenen die zich aan hen toevertrouwen’ (Cass., 13 juli 2010, *Arr. Cass.*, 2010, nr. 480; zie ook Cass., 9 juni 2004, *Arr. Cass.*, 2004, nr. 313).

ervan zullen worden opgenomen in de wet van 18 september 2017. Zoals de Raad van State opmerkt, kan een aangelegenheid die betrekking heeft op een afwijking van het beroepsgeheim, in principe enkel worden geregeld bij wet.”

¹³ Ontworpen artikel 74/1, § 1, tweede lid.

Ook al is het ‘niet onaantastbaar’, het beroepsgeheim van de advocaat vormt ‘een van de grondbeginselen waarop de organisatie van het gerecht in een democratische samenleving berust’ (EHRM, 6 december 2012, *Michaud t. Frankrijk*, § 123).

B.9.2. Dat geldt des te meer in strafzaken, waarin het recht om zichzelf niet te beschuldigen, onrechtstreeks maar noodzakelijkerwijs afhangt van de vertrouwensrelatie tussen de advocaat en zijn cliënt en van de vertrouwelijkheid van hun uitwisseling (*ibid.*, § 118).

B.10. Wanneer de verplichtingen niet worden nageleefd die boek II van de wet van 18 september 2017 aan de advocaten oplegt, wordt die niet-naleving bestraft met een administratieve geldboete. Die geldboete kan oplopen tot 1 250 000 euro (artikel 132, § 2, tweede lid) en heeft een overheersend repressief karakter, zodat de omschrijving van die niet-naleving moet voldoen aan het algemeen beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling. Bovendien kunnen de advocaten met een strafrechtelijke geldboete van 150 euro tot 5000 euro worden gestraft in het geval dat zij zich verzetten tegen inspecties en verificaties van de stafhouder, weigeren inlichtingen mee te delen of opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen meedelen (artikel 136, 3°).

B.11. Uit hetgeen voorafgaat, vloeit voort dat de grondwettigheid van de bestreden bepalingen dient te worden beoordeeld rekening houdend met het feit dat het beroepsgeheim van de advocaat een algemeen beginsel is dat verband houdt met de naleving van de fundamentele rechten, dat de regels die van dat geheim afwijken om die reden en met toepassing van het algemeen beginsel van de voorzienbaarheid van de strafbaarstelling slechts strikt kunnen worden geïnterpreteerd en dat rekening dient te worden gehouden met de wijze waarop het beroep van advocaat in de interne rechtsorde is geregeld. Aldus dient de regel van het beroepsgeheim maar te wijken indien zulks kan worden verantwoord door een dwingende reden van algemeen belang en indien het opheffen van het geheim strikt evenredig is.”¹⁴

In arrest nr. 10/2008 van 23 januari 2008 heeft het Grondwettelijk Hof eveneens het volgende gesteld:

“B.8. De bestrijding van het witwassen van geld en van de financiering van terrorisme, die een onmiskenbare invloed uitoefenen op de groei van de georganiseerde misdaad, die een bijzondere bedreiging voor de samenleving vormt, is een gewettigde doelstelling van algemeen belang. Die doelstelling zou een onvoorwaardelijke of onbeperkte opheffing van het beroepsgeheim van de advocaat echter niet kunnen verantwoorden, daar de advocaten, om de in B.6.1 tot B.6.3 in herinnering gebrachte motieven, moeten worden onderscheiden van de overheden die zijn belast met het opsporen van de misdrijven.”

1.10.2. In hetzelfde arrest heeft het Grondwettelijk Hof het optreden van de stafhouder in het kader van de verplichte melding van een vermoeden specifiek omschreven als een “wezenlijke waarborg” voor de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat en van de grondrechten van de personen op wie de mededeling van gegevens betrekking heeft:

“B.14.2. Het optreden van de stafhouder bij het meedelen van gegevens door de advocaten aan de Cel voor financiële informatieverwerking is een wezenlijke waarborg,

¹⁴ Zie in dezelfde zin onder meer de volgende arresten: GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008; 26 september 2013, nr. 127/2013; 6 december 2018, nr. 174/2018; 14 maart 2019, nr. 43/2019; 17 december 2020, nr. 167/2020. Zie eveneens het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 26 juni 2007, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies c.s.*, C-305/05.

zowel voor de advocaten als voor hun cliënten, die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet, het beroepsgeheim zal worden geschonden. De rol van de stafhouder bestaat erin na te gaan of wel degelijk is voldaan aan de wettelijke toepassingsvoorwaarden van de meldingsplicht en indien hij vaststelt dat zulks niet het geval is, moet hij ervan afzien de aan hem meegedeelde informatie door te geven. De richtlijn heeft voorzien in het optreden van een zelfregulerend beroepsorgaan ‘met het oog op de eerbiediging van de geheimhoudingsplicht van [de advocaten] jegens hun cliënten’ (richtlijn 2001/97/EG, overweging 20). Het optreden van de stafhouder is opgevat als ‘een filter’ tussen de advocaten en de gerechtelijke overheden ‘om elke inbreuk op de fundamentele rechten van verdediging te vermijden’ (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, DOC 51-0383/001, p. 17).¹⁵

1.10.3. Ook het Europees Hof voor de Rechten van Mens heeft reeds het belang benadrukt van de waarborg die de tussenkomst van de stafhouder biedt wanneer de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaten op het spel staat.¹⁶

Zo bijvoorbeeld heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest *Michaud t. Frankrijk* van 6 december 2012 een proportionele inmenging in de bescherming van de mededelingen tussen een advocaat en zijn cliënt aanvaard, enerzijds omdat de verplichting tot het melden van een vermoeden enkel verband houdt met activiteiten die niet veel van doen hebben met de judiciële functie van verdediging,¹⁷ en anderzijds omdat de raad van de Orde van advocaten tussenbeide komt bij de verspreiding van informatie die gedekt is door het beroepsgeheim.¹⁸ Op grond van die twee elementen heeft het Europees Hof voor de Rechten van

¹⁵ GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008.

¹⁶ Inzonderheid EHRM 24 juli 2008, nr. 18603/03, *André e.a. t. Frankrijk*, §§ 43 en 44; EHRM 25 februari 2003, nr. 51772/99, *Roemen en Schmit t. Luxemburg*, § 69; EHRM 21 januari 2010, nr. 43757/05, *Xavier Da Silva t. Frankrijk*, §§ 37 tot 43; EHRM 27 april 2017, nr. 73607/13, *Sommer t. Duitsland*, § 56. In die arresten beschouwt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het optreden van de stafhouder als een “garantie spéciale de procédure”.

¹⁷ “127. (...) [L]es avocats ne sont astreints à l’obligation de déclaration de soupçon que dans deux cas. Premièrement, lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent au nom et pour le compte de leur client à des transactions financières ou immobilières ou agissent en qualité de fiduciaire. Deuxièmement, lorsque, toujours dans le cadre de leur activité professionnelle, ils assistent leur client dans la préparation ou la réalisation de transactions concernant certaines opérations définies. (...) L’obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à cette obligation (...).

128. L’obligation de déclaration de soupçon ne touche donc pas à l’essence même de la mission de défense qui, comme indiqué précédemment, constitue le fondement du secret professionnel des avocats” (Cour eur. D.H., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012).”

¹⁸ “129. Il s’agit ensuite du fait que la loi met en place un filtre protecteur du secret professionnel : les avocats ne communiquent pas les déclarations directement à Tracfin mais, selon le cas, au président de l’ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l’ordre auprès duquel ils sont inscrits. Il peut être considéré qu’à ce stade, partagé avec un professionnel non seulement soumis aux mêmes règles déontologiques mais aussi élu par ses pairs pour en assurer le respect, le secret professionnel n’est pas altéré. Le président de l’ordre des avocats au Conseil d’État et à la Cour de cassation ou le bâtonnier, plus à même que quiconque d’apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel, ne transmettent ensuite la déclaration de soupçon à Tracfin qu’après s’être assurés que les conditions fixées par l’article L. 561-3 du code monétaire et financier sont remplies (article L. 561-17 du même code ; paragraphe 38 ci-dessus) (...).

130. La Cour a du reste déjà eu l’occasion de mettre en exergue la garantie que constitue l’intervention du bâtonnier lorsque la préservation du secret professionnel des avocats est en jeu. Ainsi a-t-elle spécifié que la Convention ne fait pas obstacle à ce que le droit interne prévoit la possibilité de perquisitionner dans le cabinet d’un avocat dans la mesure où il met en œuvre des garanties particulières; plus largement, elle a souligné que, sous réserve d’un strict encadrement, il n’interdit pas d’imposer aux avocats un certain nombre d’obligations susceptibles de concerner les

de Mens geoordeeld dat de verplichting voor advocaten een vermoeden te melden in het kader van de strijd tegen het witwassen van geld niet op onevenredige wijze afbreuk doet aan het beroepsgeheim.

1.10.4. Op grond van de voornoemde rechtspraak heeft de Raad van State in arrest nr. 247.922 van 26 juni 2020 bijgevolg geoordeeld dat

“elke afwijking van het beroepsgeheim van de advocaat strikt is op te vatten en bovendien, duidelijk en ondubbelzinnig - dit is zonder ruimte voor interpretatie - omringd moet zijn met de wettelijke waarborgen die essentieel worden geacht om afwijkingen op dat beroepsgeheim in een rechtsstaat te billijken, te weten eensdeels de vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat bij rechtszaken en adviesverlening en anderdeels de vereiste tussenkomst van de stafhouder bij het medelen van gegevens door de advocaten die een wezenlijke waarborg is - zowel voor de advocaten als voor hun cliënten - die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden.”

De afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is in dat arrest dus van oordeel dat het van essentieel belang is om in beide waarborgen te voorzien teneinde afwijkingen van het beroepsgeheim in een rechtstaat te billijken.

Ze benadrukt in dat arrest trouwens ook het belang van de tussenkomst van de stafhouder telkens wanneer advocaten gegevens medelen; ze beschouwt die tussenkomst als

“een wezenlijke waarborg (...) - zowel voor de advocaten als voor hun cliënten - die de zekerheid biedt dat alleen in de gevallen waarin de wet op strikte wijze voorziet het beroepsgeheim zal worden geschonden.”¹⁹

1.10.5. Om aan te tonen dat de tussenkomst van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim overbodig is, wordt in de bespreking van het artikel gewezen op “de zeer verschillende implicaties” van enerzijds de verplichting om discrepanties in het UBO-register te melden aan de Administratie van de Thesaurie en anderzijds de verplichting om vermoedens te melden aan de CFI.

Hoewel die beide verplichtingen inderdaad een verschillend doel dienen, moet toch worden vastgesteld dat, zowel voor het melden van discrepanties in het UBO-register als voor het melden van een vermoeden aan de CFI, de advocaat verplicht is aan een derde persoon informatie te onthullen die zijn cliënt hem heeft toevertrouwd en die voor deze laatste eventueel

relations avec leurs clients, notamment en cas d'indices plausibles de participation de l'avocat à une infraction et dans le cadre de la lutte contre le blanchiment. Elle a ensuite à ce titre pris en compte le fait que la visite domiciliaire s'était déroulée en présence du bâtonnier, voyant là une ‘garantie spéciale de procédure’ (*André et autre*, précité, §§ 42-43). Elle a similairement relevé dans l'arrêt *Roemen et Schmit* précité (§ 69) que la perquisition dans un cabinet d'avocat dont il était question s'était accompagnée de ‘garanties spéciales de procédure’, dont la présence du bâtonnier. Enfin, dans l'affaire *Xavier da Silveira* précitée (§§ 37 et 43), elle a conclu à la violation de l'article 8 au motif notamment qu'un avocat dont le domicile avait fait l'objet d'une perquisition n'avait pas bénéficié de cette garantie” (EHRM 6 december 2012, arrest *Michaud t. Frankrijk*).

¹⁹ Er valt op te merken dat het belang van de functie van “filter” die de stafhouder vervult ook door de afdeling Wetgeving is beklemtoond, met name in advies 67.013/2, op 12 maart 2020 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 20 juli 2020 ‘houdende diverse bepalingen tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/67013.pdf>).

incriminerend kan zijn.²⁰ Het gaat in beide gevallen dus om een afwijking van het beroepsgeheim van de advocaat. Op het niet-nakomen van die beide verplichtingen die aan de advocaten zijn opgelegd, staat een administratieve geldboete met een strafrechtelijk karakter in de zin van onder meer de artikelen 6 en 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, die tot 1.250.000 euro kan oplopen (artikel 132, § 2, tweede lid, van de wet van 18 september 2017).

Net omdat het om een afwijking van het beroepsgeheim gaat, heeft de steller van het voorontwerp trouwens bepaald dat die meldingsplicht niet geldt voor informatie die is verkregen in het kader van de essentie zelf van de opdracht die de advocaat heeft als verdediger van zijn cliënt, en die, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft opgemerkt, de grondslag van het beroepsgeheim van de advocaten vormt.

De conclusie is de volgende. Daar de steller van het ontwerp in de hier geschetste context niet op bijzonder omstandige wijze aantoonde dat het absoluut nodig is de tussenkomst van de stafhouder af te schaffen, lijkt het bij de huidige stand van zaken disproportioneel dat niet ook in artikel 48 van het ontwerp wordt voorzien in de tussenkomst van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim, zodat die stafhouder – “plus à même que quiconque d’apprécier ce qui est couvert ou non par le secret professionnel”²¹ – zich ervan kan vergewissen dat de wettelijke voorwaarden inzake de afwijking worden nageleefd.

b) *Betreffende de overeenstemming met het Europese recht*

1.11.1. Voorts wordt in de bespreking van het artikel als verantwoording voor het uitsluiten van de filter die bestaat in de tussenkomst van de stafhouder aangevoerd dat daar niet uitdrukkelijk in wordt voorzien in richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad ‘inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie’. In de bespreking van het artikel wordt dit als volgt verwoord:

“Eerder werd (...) voorbijgegaan aan het feit dat de melding aan de CFI van een geheel andere aard is dan de melding aan het UBO-register, wat ook blijkt uit het feit dat voormelde Richtlijn 2015/849 in artikel 34.1 (Hoofdstuk IV betreffende de meldingsplicht) wél een uitzondering voorziet op de meldingsplicht van juridische beroepsbeoefenaars aan de CFI maar daarentegen nergens in een uitzondering voor

²⁰ Anders dan de inlichtingen die advocaten jaarlijks aan de fiscale administratie moeten meedelen betreffende btw-plichtige cliënten aan wie ze diensten hebben verleend. Het Grondwettelijk Hof heeft in zijn arrest 43/2019 van 14 maart 2019 namelijk geoordeeld dat het niet zonder redelijke verantwoording is een advocaat te verplichten aan de btw-administratie de beperkte gegevens ter kennis te brengen die in de btw-listing zijn vermeld, aangezien de gegevens van de btw-listing “geen betrekking hebben op activiteiten die de kern uitmaken van de opdracht van de advocaat, aangezien ze geen betrekking hebben op vertrouwelijke informatie die door een cliënt aan zijn advocaat wordt meegedeeld en mogelijk voor de cliënt incriminerend is.” (B.13)

²¹ EHRM 6 december 2012, *Michaud t. Frankrijk*, 129.

juridische beroepsbeoefenaars voorziet voor de meldingsplicht van correcties aan het UBO-register (Hoofdstuk III betreffende informatie over uiteindelijk begunstigden). Thans de filter van een tussenkomst door de Stafhouder toevoegen, voegt eigenlijk ook een voorwaarde aan de Richtlijn 2015/849 toe, wat derhalve het risico met zich meebrengt dat die Richtlijn niet behoorlijk zou omgezet zijn.”

1.11.2. In het kader van de preventie van het witwassen van geld en van terrorismefinanciering heeft richtlijn 2015/849 (ook “vierde antiwitwasrichtlijn” genoemd) de lidstaten de verplichting opgelegd een register aan te leggen van de uiteindelijk begunstigden van de juridische entiteiten die op hun grondgebied zijn opgericht, alsook een register van de uiteindelijk begunstigden van stichtingen en trusts.

Daarbovenop verplicht de “vijfde antiwitwasrichtlijn”²² de meldingsplichtige entiteiten en, indien nodig en voor zover dat vereiste hun taken niet onnodig doorkruist, de bevoegde autoriteiten melding te maken van iedere discrepantie die zij aantreffen tussen de informatie over uiteindelijk begunstigden in de centrale registers en de informatie over uiteindelijk begunstigden waarover zij beschikken.

Zo stelt artikel 30, lid 4, van richtlijn 2015/849 het volgende:

“De lidstaten verlangen dat de in het in lid 3 bedoelde centraal register bijgehouden informatie toereikend, accuraat en actueel is, en voorzien daartoe in mechanismen. Deze mechanismen houden onder meer in dat de meldingsplichtige entiteiten en, indien nodig en voor zover dit vereiste hun taken niet onnodig doorkruist, de bevoegde autoriteiten verplicht zijn melding te maken van iedere discrepantie die zij aantreffen tussen de informatie over uiteindelijk begunstigden in de centrale registers en de informatie over uiteindelijk begunstigden waarover zij beschikken. Wanneer er discrepanties worden gemeld, zorgen de lidstaten ervoor dat er passende maatregelen worden genomen om de discrepanties tijdig te verhelpen en dat er zo nodig ondertussen een specifieke vermelding in het centrale register wordt opgenomen.”

In dezelfde strekking stelt artikel 31, lid 5, van richtlijn 2015/849 het volgende in verband met de stichtingen en de trusts:

“De lidstaten verlangen dat de in het in lid 3bis bedoelde centraal register bijgehouden informatie toereikend, accuraat en actueel is, en voorzien daartoe in mechanismen. Deze mechanismen houden onder meer in dat meldingsplichtige entiteiten en, indien nodig en voor zover dit vereiste hun taken niet onnodig doorkruist, de bevoegde autoriteiten melding moeten maken van iedere discrepantie die zij aantreffen tussen de informatie over uiteindelijk begunstigden in de centrale registers en de informatie over uiteindelijk begunstigden waarover zij beschikken. Wanneer er discrepanties worden gemeld, zorgen de lidstaten ervoor dat er passende maatregelen worden genomen om de discrepanties tijdig te verhelpen en dat er zo nodig ondertussen een specifieke vermelding in het centrale register wordt opgenomen.”

²² Het gaat om richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 ‘tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU’.

In overweging 25 van de “vijfde antiwitwasrichtlijn” wordt dat nieuwe vereiste als volgt verantwoord:

“(25) De lidstaten moeten er thans voor zorgen dat binnen hun grondgebied opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten toereikende, accurate en actuele informatie over hun uiteindelijk begunstigen inwinnen en bijhouden. Accurate en actuele informatie over de uiteindelijk begunstigde is een bepalende factor bij het opsporen van criminelen die hun identiteit anders achter een vennootschapsrechtelijke structuur kunnen verbergen. Het wereldwijd verweven financiële stelsel maakt het mogelijk over de hele wereld geld te verbergen en te verplaatsen, en witwassers en financiers van terrorisme alsook andere criminelen maken steeds meer van die mogelijkheid gebruik.”

1.11.3. Die verplichting melding te maken van iedere discrepantie tussen de informatie over de uiteindelijk begunstigten in de centrale registers en de informatie over de uiteindelijk begunstigten waarover de meldingsplichtige entiteiten beschikken, moet worden onderscheiden van de verplichting tot melding van een vermoeden, waarvan in hoofdstuk IV van richtlijn 2015/849 sprake is.

Het is juist dat artikel 34, lid 1, van richtlijn 2015/849 enkel voorziet in de mogelijkheid van een “filter” (“het aangewezen zelfregulerend orgaan”) wanneer het gaat om de melding van een vermoeden. De artikelen 30 en 31 van richtlijn 2015/849 voorzien niet uitdrukkelijk in die mogelijkheid wanneer het gaat om de verplichting tot het melden van een discrepantie tussen de informatie in de centrale registers en de informatie die in het bezit is van die meldingsplichtige entiteiten.

Evenzo bepaalt artikel 34, lid 2, van richtlijn 2015/849 dat de verplichting tot melding van een vermoeden niet geldt voor “notarissen, andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, auditors, externe accountants en belastingadviseurs” wat betreft “de inlichtingen die zij van een van hun cliënten ontvangen, of over een van hun cliënten verkrijgen, tijdens het bepalen van de rechtspositie van hun cliënt of bij het verrichten van hun taak van verdediging of vertegenwoordiging van die cliënt in het kader van of in verband met een rechtsgeding, daaronder begrepen advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of die inlichtingen vóór, gedurende of na een dergelijk geding worden ontvangen of verkregen”. De artikelen 30 en 31 van richtlijn 2015/849 voorzien hunnerzijds niet uitdrukkelijk in die vrijstelling wanneer het gaat om de verplichting tot melding van een discrepantie tussen de informatie in de centrale registers en de informatie die in het bezit is van die meldingsplichtige entiteiten.

1.11.4. Het ontworpen artikel 74/1, § 1, tweede lid, voorziet evenwel in een vrijstelling waarin in richtlijn 2015/849 niet uitdrukkelijk is voorzien, namelijk deze waarbij

“de onderworpen entiteiten bedoeld in artikel 5, § 1, 23° tot en met 28 [ervan vrijgesteld worden om] het vastgesteld[e] verschil [mee te delen] (...), wanneer de informatie en inlichtingen van één van hun cliënten ontvangen werd of over één van hun cliënten verkregen werd tijdens de bepaling van de rechtspositie van deze cliënt, of in de uitoefening van hun opdracht die cliënt in of in verband met een rechtsgeding te verdedigen of te vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie of inlichtingen vóór,

gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen, tenzij de bedoelde onderworpen entiteiten zelf hebben deelgenomen aan de witwasactiviteiten of de activiteiten voor financiering van terrorisme, zij juridisch advies voor witwasdoeleinden of voorfinanciering van terrorisme hebben verstrekt, of zij weten dat hun cliënt juridisch advies wenst voor dergelijke doeleinden.”²³

Aldus bevat het voorliggende ontwerp bijgevolg een garantie voor de bescherming van het beroepsgeheim waarin richtlijn 2015/849 nochtans niet uitdrukkelijk voorziet.

De redenering die in de bespreking van het artikel ter verantwoording wordt ontvouwd, kan dus niet worden gevolgd.

1.11.5. In richtlijn 2015/849 wordt weliswaar niet uitdrukkelijk in die vrijstelling voorzien met betrekking tot het melden van discrepanties tussen de informatie in de centrale registers en de informatie waarvan de juridische beroepsbeoefenaars kennis hebben genomen, maar deze valt wel onder de *ratio legis* van die verplichting, zoals die in overweging 9 wordt geëxpliciteerd:

“Beoefenaren van juridische beroepen, zoals gedefinieerd door de lidstaten, moeten onder deze richtlijn vallen wanneer zij deelnemen aan financiële of vennootschapsrechtelijke transacties, ook wanneer zij belastingadvies verstrekken, waarbij het grootste risico bestaat dat de diensten van deze beroepsbeoefenaren worden misbruikt om de opbrengsten van criminele activiteiten wit te wassen of terrorisme te financieren. Er moet evenwel vrijstelling zijn van enige verplichting tot melding van informatie die is verkregen vóór, tijdens of na een gerechtelijke procedure, of bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. Juridisch advies dient bijgevolg aan de professionele geheimhoudingsplicht onderworpen te blijven, behalve wanneer de juridisch adviseur deelneemt aan witwaspraktijken of terrorismefinanciering, het juridisch advies voor witwasdoeleinden of terrorismefinanciering wordt verstrekt, of tenzij de beoefenaar van het juridisch beroep weet dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of terrorismefinanciering.”

1.11.6. Evenzo moet, hoewel richtlijn 2015/849 niet uitdrukkelijk voorziet in de tussenkomst van de stafhouder in verband met de verplichting tot het melden van discrepanties tussen de informatie in de centrale registers en de informatie waarvan de juridische beroepsbeoefenaars kennis hebben genomen, worden gewezen op overweging 51 van de vijfde antiwitwasrichtlijn, die als volgt luidt:

“Deze richtlijn is in overeenstemming met de grondrechten en beginselen die door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (‘het handvest’) worden erkend, in het bijzonder de eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven (artikel 7 van het handvest), het recht op bescherming van persoonsgegevens (artikel 8 van het handvest) en de vrijheid van ondernemerschap (artikel 16 van het handvest).”

²³ In de bespreking van het artikel wordt die vrijstelling als volgt verantwoord: “[De] voorliggende meldingsplicht aan het UBO-register [herneemt] eveneens [*mutatis mutandis*] de waarborg zoals die is verwoord in artikel 53 van de antiwitwaswet (...) en (...) verwijst [expliciet] naar de bepaling van de rechtspositie van de cliënt en naar de verdediging of vertegenwoordiging van een cliënt in of in verband met een rechtsgeding. In de voorliggende wetsbepaling wordt dus erkend dat binnen het kader van bepaling rechtspositie en verdediging of vertegenwoordiging in rechte van en de cliënt, het beroepsgeheim ten volle van toepassing is, en er dus op géén enkele wijze geraakt wordt aan die kerntaken. Zowel de adviesfunctie bij de bepaling van de rechtspositie van de cliënt als de vertegenwoordiging in rechte blijven volledig beschermd door het beroepsgeheim.”

Dat wordt als volgt bevestigd in overweging 39 van richtlijn 2015/849:

“De lidstaten moeten de mogelijkheid hebben om voor bepaalde meldingsplichtige entiteiten een passend zelfregulerend orgaan aan te wijzen als de autoriteit die in plaats van de FIE in eerste instantie op de hoogte moet worden gesteld. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een systeem waarbij in eerste instantie aan een zelfregulerend orgaan melding wordt gedaan een belangrijke waarborg voor het handhaven van de bescherming van de grondrechten waar het gaat om de meldingsplicht van advocaten. *De lidstaten moeten bepalen met welke middelen en op welke wijze de bescherming van het beroepsgeheim, de vertrouwelijkheid en de persoonlijke levenssfeer wordt bewerkstelligd*” (eigen cursivering).

Hoe dan ook moet de richtlijn worden geïnterpreteerd in overeenstemming met het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in het bijzonder met de artikelen 47 en 48 ervan, en met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Die bepalingen waarborgen met name het recht op een billijk proces en de rechten van de verdediging, met inbegrip van de rechten die daarmee samenhangen teneinde deze rechtendaadwerkelijk te waarborgen, en die verband houden met het beroepsgeheim, en dus met het waarborgen van de tussenkomst van de stafhouder wanneer het gaat om de verplichting gegevens waarvan een advocaat kennis heeft, mee te delen aan derde personen.

1.11.7. Alhoewel het dispositief van richtlijn 2015/849 niet uitdrukkelijk in dezelfde garanties op het stuk van de bescherming van het beroepsgeheim voorziet voor meldingen van discrepanties in de centrale registers als voor meldingen van een vermoeden, kan die richtlijn bijgevolg niet worden geïnterpreteerd als zou ze verhinderen dat dergelijke garanties (die de betreffende grondrechten moeten beschermen) zouden worden ingebouwd bij de omzetting ervan.

1.12. In de bespreking van het artikel wordt ten slotte vermeld dat in andere lidstaten “minder strikte” regelingen inzake het beroepsgeheim van de advocaten gelden.

Wat dat betreft is namelijk het volgende vastgesteld:

“Een vergelijkende studie van het recht van de lidstaten van de Unie toont duidelijk aan, dat het beroepsgeheim van advocaten in het merendeel van deze staten bestaat en de rang van een fundamenteel beginsel en de status van een voorschrift van openbare orde heeft. Uit diezelfde studie blijkt evenwel dat de omvang en de wijze van bescherming van het beroepsgeheim nogal varieert van rechtsstelsel tot rechtsstelsel.”²⁴

In dat verband heeft het Grondwettelijk Hof in arrest 10/2008 van 23 januari 2008 evenwel op het volgende gewezen:

“In zijn arrest *Wouters en anderen* van 19 februari 2002 (*Jur.*, 2002, I, p. 1577) heeft het Hof van Justitie eveneens onderstreept dat elke lidstaat, bij ontstentenis van specifieke gemeenschapsregels, in beginsel vrij blijft om de uitoefening van het beroep van advocaat op zijn grondgebied te regelen, dat de regels hierdoor aanzienlijk kunnen verschillen van lidstaat tot lidstaat en dat, in een land waar de advocaat zich bevindt in een

²⁴ HJEU 14 december 2006, C-305/05, conclusie van de advocaat-generaal, punt 39, p. I-5321.

situatie van onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, andere operatoren en derden, hij ‘de garantie [moet] bieden dat al zijn initiatieven in een zaak uitsluitend in het belang van zijn cliënt worden genomen’ (punt 102) en dat een lidstaat van oordeel kan zijn dat de advocaat zijn cliënt onafhankelijk en met inachtneming van een strikt beroepsgeheim moet verdedigen (punt 105).”²⁵

1.13. Het besluit is dat artikel 48 moet worden herzien zodat het voorziet in de tussenkomst van de stafhouder als filter ter bescherming van het beroepsgeheim, in zoverre die tussenkomst wezenlijk garandeert dat het opheffen van het beroepsgeheim “strikt evenredig” is in de zin van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof,²⁶ en in overeenstemming is met de vereisten die voortvloeien uit het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en uit het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.²⁷

2. Omwille van de rechtszekerheid en een eenvormig woordgebruik, moet het woord “notification” in de Franse tekst van de ontworpen paragraaf 1, derde lid, worden vervangen door het woord “signalement”.

3. Op de vraag wat de strekking is van de woorden “de gronden van de melding” in de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord:

“Les termes ‘fondements du signalement’ visent à désigner les éléments ou informations sur lesquels porte la notification. Ainsi, la notification pourra porter sur les éléments suivants: (i) les informations basiques de la société (e.g adresse, forme légale), (ii) les informations sur les bénéficiaires effectifs disponibles dans le registre UBO (e.g. identité, nature et étendue de l’intérêt effectif) ou (iii) des informations qui seraient manquantes (e.g. un UBO n’a pas été enregistré).”

Die precisering zou in de bespreking van het artikel moeten staan.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT

²⁵ GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, B.7.7.

²⁶ Zie overweging B.11 van arrest 114/2020 van 24 september 2020, geciteerd in punt 1.10.1 van dit advies.

²⁷ Zie punt 1.10.3 van dit advies.