
АДВОКАТИТЕ И „ПРАНЕТО НА ПАРИ“

СТАНОВИЩЕ НА СЪЮЗА НА АДВОКАТУРИТЕ И ПРАВНИТЕ ОБЩЕСТВА (ССВЕ) ОТНОСНО ДЕЙСТВИЕТО НА ТРЕТАТА ДИРЕКТИВА СРЕЩУ ПРАНЕТО НА ПАРИ*

Брюксел, 26 октомври 2011 г.

Съюзът на адвокатурите и правните общества (ССВЕ) прие отговор във връзка с обсъжданото от Европейската комисия преразглеждане на директивата за прането на пари. Отговорът на ССВЕ може да бъде намерен тук.

ССВЕ представлява адвокатурата и правните общества на 31 държави-членки и 11 държави, които ще се присъединят в бъдеще и са страни наблюдатели, т.е. чрез членовете си представлява около 1 милион европейски адвокати.

Понастоящем Европейската комисия е в процес на извършване на оценка на въздействието на Третата директива срещу прането на пари, преди да представи предложение за четвърта директива към края на 2012 г. Отговорът на ССВЕ посочва проблемните области на действащата директива срещу прането на пари и показва как те може да бъдат отстранени. Както бе поискано от Комисията, се обръща внимание на конкретни въпроси, свързани с риска от задължението на адвокатите да донасят за клиентите си, с поверителността на отношенията адвокат – клиент, с донасянето от страна на професионални саморегулиращи се органи, с ефективността и цената на задълженията за донасяне.

ССВЕ отбелязва, че прилагането на система, предназначена за сектора на финансовите услуги, е фундаментално несъвместимо с професионалните правила в много европейски правни системи и е в колизия с ролята на адвокатите и с върховенството на закона.

Президентът на ССВЕ Жорж Албер Дал коментира: „ССВЕ е твърдо убедена, че някои от разпоредбите на Третата директива срещу прането на пари са в противо-

* Публикува се със съкращения. Пълният текст на ССВЕ Response to the Commission. The Review of the Third Anti-Money Laundering Directive е достъпно на http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/EN_211011_CCBE_Respo1_1319525363.pdf.

речие с основните ценности на професията и вследствие на това се накърняват правата на гражданите. Ние приветстваме възможността да влезем в конструктивен диалог с Комисията с оглед търсене на подходящ баланс между нуждите на обществото като цяло и правата на отделните граждани в частност във връзка със задълженията, наложени на адвокатурата от директивата“.

Като част от оценката на въздействието Комисията ангажира Deloitte да прегледа Третата директива. Отговорът на ССВЕ взема под внимание също така доклада на Deloitte, както и отделните препоръки, тъй като те засягат адвокатурата.

Директивите срещу прането на пари и юридическата професия: оценка в светлината на основните принципи на независимост и професионална тайна. Независимостта, конфиденциалността и професионалната тайна като основни принципи на европейската юридическа професия

На 26 ноември 2006 г. Пленарната сесия на ССВЕ прие Хартата на основните принципи на юридическата професия в Европа. Този фундаментален документ посочва основните принципи, които са общи за юридическите професии в цяла Европа и които са залегнали в различните национални и международни кодекси за поведението на адвокатите, включително и в Кодекса на ССВЕ за поведението на европейските адвокати при изпълнение на трансграничните им дейности.

Европейските адвокати се придържат към тези принципи, които са жизненоважни за правилното правораздаване, за достъпа до правосъдие и правото на справедлив процес, както изисква Европейската конвенция за правата на човека.

Сред тези принципи хартата включва:

- а) независимост на адвоката и свобода на адвоката да води делата на клиента си;
- б) право и задължение на адвоката да пази поверителността на делата на клиента си и да пази професионалната тайна.

Според принципа на независимост адвокатът трябва да бъде свободен – политически, икономически и интелектуално – в хода на работата си, когато предоставя консултации и представлява клиента си. Това означава, че адвокатът преди всичко трябва да е независим от държавата и от други властнически интереси. Адвокатът трябва да бъде независим и от клиента си, ако иска да има доверието на трети страни и на съда. Ако не е независим от клиента си, адвокатът не може да гарантира качеството на работата си.

Принципът на поверителност отразява същността на адвокатската дейност: клиентите споделят неща, които не биха казали другиму – най-интимни лични подробности и най-ценни търговски тайни; въз основа на доверието адвокатът получава и друга информация. Без да е гарантирана поверителността, не би могло да съществува никакво доверие. В хартата се подчертава двойствеността на този принцип – запазването на поверителност е не само задължение на адвоката, но то е и основно човешко право на клиента. Правилата за „привилегията на юридическата професия“

забраняват комуникациите между адвоката и клиента да се използват срещу клиента. В някои юрисдикции се смята, че правото на поверителност принадлежи само на клиента, а в други юрисдикции „професионалната тайна“ може да изисква от адвоката да пази в тайна от клиента си доверителните комуникации между него и адвоката на другата страна. Принципът на професионалната тайна обхваща всички тези свързани концепции: привилегиата на юридическата професия, поверителността и професионалната тайна. Трябва да се помни, че задължението на адвоката към клиента му остава дори и след като той е престанал да действа в качеството си на негов адвокат.

Директивите срещу прането на пари, които регламентират, че адвокатите трябва да действат като помощници на държавната правоприлагаща система и че поверителната информация между адвокатите и клиентите трябва да се предоставя на (и да се използва от) държавните органи като доказателство срещу клиентите им, са в очевиден конфликт с двата основни принципа, споменати по-горе. След влизането в сила на Хартата на основните права на Европейския съюз и присъединяването на ЕС към ЕКПЧ законодателният орган на ЕС следва да преразгледа съвместимостта на тези директиви с основните права на ЕС и с другите основни принципи на европейското право, а именно – необходимост и пропорционалност.

Принципи на международното и на европейското право, гарантиращи независимостта на адвокатите, поверителността и професионалната тайна

Законността на задълженията, съдържащи се в директивите срещу прането на пари, трябва да бъде проверена не само по отношение на деонтологичните принципи, залегнали в хартата на ССВЕ и в националните кодекси за поведението на адвокатите, но също така и по отношение на принципите, произтичащи от международните правни инструменти относно ролята и задълженията на адвокатите.

Първо трябва да припомним основните принципи за ролята на адвокатите, приети от Осмия конгрес на ООН, за предотвратяване на престъпността и отношението към правонарушителите, Хавана (Куба), 27 август – 7 септември 1990 г. Тези принципи изискват от правителствата наред с другото да гарантират, че адвокатите (а) могат да изпълняват професионалните си функции без (...) неподобаваща намеса; (б) могат свободно да пътуват и да се консултират с клиентите си в рамките на собствената им страна, както и в чужбина, и (с) няма да понесат или да са заплашени от преследване или административни, икономически или други санкции за действията, предприети от тях в съответствие с признатите им професионални задължения, стандарти и етика (Принцип 16).

Според споменатите принципи правителствата също така трябва да признаят и да уважават всички комуникации и консултации между адвокатите и клиентите им, доколкото техните професионални отношения са поверителни (Принцип 22).

Тези принципи се прилагат без ограничение за всички дейности, които съставляват основните задължения и отговорности на адвокатите (Принцип 13):

(а) консултиране на клиентите по отношение на правата и задълженията им, консултиране доколко действието на правната система засяга правата и задълженията им;

(б) подпомагане на клиентите по надлежен начин и предприемане на правни действия за защита на интересите им;

(с) подпомагане на клиентите пред съдилища, трибунали или административни органи, когато е уместно.

Второ, трябва да се има предвид, че Препоръка Rec (2000) 21 от 25 октомври 2000 г. на Комитета на министрите на Съвета на Европа до страните-членки относно свободата за упражняване на професията адвокат признава „необходимостта от справедлива система за прилагане на правосъдието, което гарантира независимостта на адвокатите при изпълнение на техните професионални задължения, без каквито и да било неподобаващи ограничения, влияние, подстрекателство, натиск, заплаха или намеса, пряка или непряка, от която и да е страна или по какъвто и да е начин“, като посочва също така, че трябва „да се предприемат всички необходими мерки за защита, защита и подкрепа на свободата на упражняване на адвокатската професия без дискриминация и без неподобаваща намеса от страна на властите или на обществото, в частност в светлината на съответните разпоредби на Европейската конвенция за правата на човека“ (чл. 1), и че трябва „да се предприемат всички необходими мерки за осигуряване на поверителност на отношенията адвокат – клиент“. По-нататък препоръката уточнява, че „изключения от този принцип се допускат само ако са съвместими с върховенството на закона (чл. 6).

Трето, трябва да се обърне надлежно внимание на резолюцията на Европейския парламент относно юридическите професии и общия интерес в работата на правните системи от 23 март 2006 г., в съответствие с която той:

1) „Напълно признава изключително важната роля на юридическите професии в едно демократично общество за гарантирането на основните права, върховенството на закона и сигурността при прилагането на закона както в случаите, когато адвокатите представляват и защитават клиентите си в съда, така и когато им дават правни консултации; (...)

3) Отбелязва изискването за висока квалификация за достъп до юридическите професии, необходимостта да се защити тази квалификация, характеризираща юридическите професии, и необходимостта да се установят специални отношения, основаващи се на доверие между членовете на юридическите професии и техните клиенти.

4) Потвърждава значението на правилата, необходими да се осигури независимост, компетентност, почтеност и отговорност на членовете на юридическите професии, за да се гарантира качеството на техните услуги в полза на техните клиенти и обществото като цяло, и за да се запази общественият интерес (...)

8) Припомня на Комисията, че целите на правилата, регулиращи правните услуги, са защита на широката общественост, гарантиране на правото на защита и

достъп до правосъдие, сигурност в прилагането на закона и по тези причини те не могат да се приспособяват към клиента“.

В текстовете на цитираните по-горе международни и европейски закони няма място за клаузи като тези, залегнали в директивите срещу прането на пари, чийто ефект се изразява в ограничаване на независимостта на юридическата професия и в незачитането на професионалната тайна в ущърб на правата на гражданите на ЕС и върховенството на закона.

Независимостта на адвокатите, поверителността и професионалната тайна в съдебната практика на Съда на Европейския съюз (СЕС)

Освен цитираните в предишните параграфи документи, трябва да се обърне необходимото внимание на съдебната практика на Съда на Европейския съюз, която непрекъснато потвърждава значението на независимостта на адвокатите, на поверителността и професионалната тайна. Важността на тези принципи е първоначално призната в делото *AM & S* (C-155/79). По-късно СЕС потвърждава становището си в делата *Wouters* (C-309/99) и *Akzo* (C-550/07 P).

В делото *AM & S* Съдът заявява (§ 16), че „поверителността отговаря на изискванията, важността на тази поверителност е призната във всички държави-членки – всяко лице, без ограничения, трябва да може да се консултира с адвокат, който предоставя независим правен съвет за всеки нуждаещ се“. По-нататък Съдът допълнително изяснява (§ 21), че освен различията в начина, по който се защитава поверителността от националните закони, „в националните закони на държавите-членки трябва да се намерят общи критерии, тъй като тези закони при сходни обстоятелства защитават поверителността на писмените комуникации между адвокат и клиент, при условие че, от една страна, тези комуникации се осъществяват за целите и в интерес на правото на защита на клиента, а от друга страна, тези комуникации се инициират от независими адвокати – така да се каже, адвокати, които не са обвързани с клиента си чрез правоотношение по наемане на работа“.

Трябва да се отбележи, че принципът, определен от СЕС, е много широк: първо, що се касае до понятието „право на защита“, правото на защита съществува не само по отношение на съдебните процедури, но и по отношение на административните процедури, провеждани от правоприлагащите органи (делото *AM & S* се отнася за разследване от страна на Комисията по конкуренцията). Второ, този принцип обхваща всички писмени комуникации, които „имат отношение към предмета на процедурата (§ 23), а не само онези, които са подготвени по време или за целите на самата процедура“. В делото *Wouters* СЕС признава, че с оглед гарантирането на надлежното упражняване на юридическата професия държавите-членки могат да поставят изискването адвокатите да не са в една и съща професионална организация с одиторите, тъй като адвокатите трябва „да са независими при предоставянето на правни съвети и представянето на клиентите си, а също така и да спазват строга професионална

тайна“, докато одиторите „са отговорни за изготвянето на отчети на финансовите резултати от сделки, във връзка с които са били потърсени техните услуги, а също така и за заверяването на тези отчети“ и не са обвързани в същата степен като адвокатите с опазването на професионална тайна (вж. § 100–107). Съдът потвърждава становището на генералния адвокат Leger, според когото „има известна несъвместимост между „консултантските“ дейности на адвоката и „надзорните“ дейности на счетоводителя, тъй като „счетоводителите се занимават с обективното проучване и проверка на вписванията на клиентите си, за да могат да предоставят на заинтересовани трети страни личното си мнение относно верността на тези счетоводни данни“. По-нататък генералният адвокат обяснява, че „адвокатите не може да са независими при консултирането и защитата на клиентите си, ако са принудени да принадлежат към организация, която отчита финансовите резултати по сделки, в които участват. С други думи, създаването на орган, в който финансовите интереси на членовете са като тези на професионалната категория на счетоводителите, създава риск адвокатите да са изкушени, та дори и принудени да изхождат от съображения, различни от онези, които са в интерес на клиентите им“.

Като се следва същата линия на разсъждение, става очевидно, че директивите срещу прането на пари са несъвместими с принципите на независимост и поверителност на юридическата професия, тъй като те налагат на адвокатите задължението да събират информация за сделките на клиентите си и да ги предоставят на държавните органи, та дори и по-лошо – задължават адвокатите да изобличават клиентите си. С оглед да се осигури съгласуваност с принципите, които регулират правната професия, европейският закон трябва да възстанови ясното разграничаване между ролята на прокурурите и правоприлагащите органи и тази на адвокатите, като отмени всички разпоредби, които превръщат адвоката в инструмент на държавните власти. Във връзка с това следва да се припомни, че мисията на юридическата професия е да гарантира достъп до правосъдие и да допринесе за правораздаването. Обществената намеса в независимостта на адвокатите и професионалната тайна само води до създаване на препятствия за изпълнението на тази мисия.

Директивите срещу прането на пари, Хартата на основните права в Европейския съюз и ЕКПЧ

Безпристрастната оценка на директивите срещу прането на пари на ЕС трябва да отчита не само въздействието им върху основните принципи на юридическата професия, но също така и това дали те съответстват на Хартата на основните права в Европейския съюз и на ЕКПЧ.

С влизането в сила на Договора от Лисабон хартата придоби правната сила на договорите и ЕС трябва да спазва ЕКПЧ (вж. чл. 6 от ДЕС и чл. 52 от хартата). Необходима е нова оценка на директивите в светлината на значимите промени в структурата на правовия ред на ЕС.

Тази оценка по-специално трябва да е фокусирана върху съвместимостта на директивите с чл. 6 и 8 на ЕКПЧ.

В постановлението си по дело C-305/05 СЕС разглежда съотношението между Втората директива срещу прането на пари и чл. 6 от ЕКПЧ (право на справедлив процес). В § 35 Съдът постановява: „Като се има предвид, че изискванията, произтичащи от правото на справедлив съдебен процес, по дефиниция предполагат връзка със съдебно производство, и с оглед на факта, че член 6, параграф 3, втора алинея от Директива 91/308 освобождава адвокатите от задълженията за предоставяне на информация и за съдействие по член 6, параграф 1 от Директивата, когато дейностите им се характеризират с такава връзка, то посочените изисквания са защитени“.

В заключението си обаче генералният адвокат Maduro отбелязва в § 44, че „защитата на адвокатската професионална тайна е принцип, който има два аспекта – единият е процесуален, произтичащ от основното право на справедлив съдебен процес, а другият – материалноправен, произтичащ от основното право за защита на личния живот. Лесно е да се свържат правото на защита, правото на правна помощ и привилегията срещу самообвинение с процесуалната им основа. Изискванията, съответстващи на материалноправната основа, са, че: „Всяко лице, без изключение, трябва да може да се консултира с адвокат, чиято професия предполага даване на независим правен съвет на всички, които се нуждаят от такъв, и произтичащото от това задължение адвокатът да е добросъвестен към клиента си. Принципът на адвокатската тайна произхожда от самото естество на адвокатската професия“.

Въпреки заключенията на генералния адвокат СЕС не прави анализ на съвместимостта на директивите срещу прането на пари с чл. 8 от ЕКПЧ, който е правно основание на задължението на държавата да опазва поверителността на правните консултации, предоставени от адвокатите.

Тази разпоредба гласи:

„Член 8 – Право на зачитане на личния и семейния живот

1. Всеки има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговата кореспонденция.

2. Намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите“.

Такъв анализ е извършен от Белгийския арбитражен съд (Belgian Court d'Arbitrage) в определенията му от 10 януари 2008 г. и от Върховния административен съд на Франция (Conseil d'État) в определенията му от 10 април 2008 г. – двете съдилища стигат до заключението, че директивите срещу прането на пари и националните инкорпорирани законодателства може да се считат за съвместими с чл. 6 и 8 от ЕКПЧ, при условие че дори в извънсъдебното производство правните консулта-

ции остават подчинени на задължението за професионалната тайна и при липса на намеса от държавните власти. Белгийският арбитражен съд изрично се позовава на заключенията на генералния адвокат *Poiares Maduro*.

Двете цитирани по-горе важни решения правят необходимо преразглеждането на текста на директивите срещу прането на пари с цел несъмненото и пълно изключване на възможността адвокатът да бъде задължен да докладва каквато и да било информация, предоставена му за целите на правната консултация.

Нещо повече, в светлината на юриспруденцията на ЕСПЧ трябва да се вземат специални предпазни мерки, за да се направи още по-защитена поверителността на комуникацията клиент – адвокат и да няма неподобаваща намеса на държавните органи. Както ще бъде обяснено в следващия параграф, съдебната практика на ЕСПЧ ясно посочва несъвместимостта на такава намеса с чл. 8, т. 1 на ЕКПЧ. Всяко изключение от това правило въз основа на чл. 8, т. 2 от ЕКПЧ трябва да се тълкува ограничително и да бъде проверено дали отговаря на изискването за необходимост и пропорционалност.

Несъвместимост на директивите срещу прането на пари с чл. 8 от ЕКПЧ и нарушаване на принципа на пропорционалност

Според тълкуването на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ) чл. 8 от ЕКПЧ не дава възможност на държавите-членки да се намесват в комуникациите между клиент и адвокат. Съгласно релевантната съдебна практика адвокатът не само не може да бъде задължен да разкрива получената от клиента му информация, но и държавните органи трябва да се въздържат от всякакви действия, като например достъп до досиетата на клиентите, които биха компрометирали поверителността на тези комуникации. Наистина чл. 8 от ЕКПЧ гарантира неприкосновеността на адвокатските помещения, поверителността на комуникациите с клиентите и във връзка с чл. 6 ЕКПЧ – правото на всяко лице да не се самообвинява, като предостави на адвоката информация, която на по-късен етап може да се предостави на държавните органи или те да получат достъп до нея.

В делото *Niemietz c/y Германия* от 16 декември 1992 г. ЕСПЧ постанови, че защитата на жилището според чл. 8 от ЕКПЧ се отнася и за адвокатските кантори. Достъпът на държавните власти до такива помещения (и до информацията, съхранявана в тях) трябва да бъде предмет на специални гаранции. ЕСПЧ изрично признава, че проникването на държавните органи в адвокатската кантора представлява нарушение на чл. 6 от ЕКПЧ, тъй като накърнява ролята на адвокатите в правораздаването.

Принципите, залегнали в съдебното постановление по делото *Niemietz*, са потвърдени и в друго решение на ЕСПЧ. По делото *Miailhe c/y Франция* на 25 февруари 1993 г. ЕСПЧ постанови, че докато държавите-членки имат възможността да нарушават чл. 8, т. 1 ЕКПЧ, всяко изключение ще се тълкува ограничително и необходи-

мостта от намеса в поверителността ще се доказва във всеки отделен случай. В решението си по това дело ЕСПЧ отново подчертава необходимостта от адекватни и достатъчни гаранции срещу нарушения от страна на държавните власти.

По делото *Funke c/y Франция* на 25 февруари 1993 г. Съдът заявява, че намесата на държавните органи в тайната на комуникациите между клиенти и адвокати е несъвместима както с чл. 6, така и с чл. 8 от ЕКПЧ. Съдът намира, че има връзка между опазването на професионална тайна и правото на лицето да не се самообвинява. Законодателство, което изисква от адвокатите да разкриват информация, получена от клиент, със сигурност нарушава това право.

По отношение на обхвата на защитата на поверителността на отношенията клиент – адвокат Съдът постановява по делото *Kopp c/y Швейцария* на 25 март 2008 г., че докато защитата на поверителността засяга само дейностите и комуникациите по времето, когато адвокатът е бил упълномощен от клиента си, задачата да се квалифицират такива дейности и комуникации не може да бъде предоставена на административните органи. Независим магистрат трябва да контролира всички действия по разследване на случаи, при които има нарушаване на поверителността. Законът трябва с достатъчна яснота да определи обхвата и условията на намеса в дейностите на адвоката. По делото *Foxley c/y Обединеното кралство* от 20 септември 2000 г. Съдът пояснява, че всяка намеса в адвокатските привилегии трябва да е подчинена на принципа на необходимост, продиктувана от неотложна социална нужда, и да е пропорционална на преследваната законна цел. Съдът постановява, че кореспонденцията между адвокати и клиенти би могло да бъде прихваната, при условие че са налице необходимите предпазни мерки за осигуряване на минимално увреждане на правото на неприкосновеност на кореспонденцията. Съдът ясно заявява, че принципно отношенията клиент – адвокат са привилегирани и в този контекст кореспонденцията между тях, независимо от целта ѝ, е от личен и поверителен характер. За да се оправдае намесата в комуникациите между клиент и адвокат, държавите-членки трябва да докажат, че се злоупотребява с привилегирания начин на комуникация или че е налице друго изключително обстоятелство. По делото *Ravon c/y Франция* на 21 февруари 2008 г. Съдът постановява, че огледът на адвокатските кантори, чиято цел е била търсене на доказателства за измама от страна на компанията, е несъвместим с чл. 8 на ЕКПЧ – в разглеждания случай преди извършването на огледа властите не са установили и не са твърдели участие на адвокатите в измамлива дейност. Нещо повече – огледът е бил извършен без участието на магистрат и извън пределите на компетентността на органа. Въз основа на това ЕСПЧ постановява, че по силата на чл. 8, т. 2 от ЕКПЧ огледът не е оправдан. От горесцитираното дело става ясно, че тайната на комуникацията между клиент и адвокат изцяло попада в обхвата на чл. 8 от ЕКПЧ и че всяка намеса от страна на държавните власти не само че нарушава този член, но и поради ролята на адвокатите в правораздаването е несъвместима с чл. 6 от ЕКПЧ. Според Съда държава-членка може да допусне накръняване на чл. 8 от ЕКПЧ само в

конкретни случаи, при положение че вземе всички предпазни мерки за избягване на излишното нарушаване на поверителността.

Според тълкуването на съдебната практика на ЕСПЧ един общ режим, какъвто е този, регламентиран от директивите на ЕС срещу прането на пари, в които се постановява общо за всички адвокати задължение да разкриват пред държавните власти информация, получена от клиентите им, е в явно противоречие с чл. 8 от ЕКПЧ. Всъщност действието на тези директиви се проявява в предоставянето на прокурорите и правоприлагащите органи на информация, получена от адвокатите при изпълнение на професионалните им задължения, без каквито и да било гаранции и независимо от това дали самите адвокати имат пряко участие в престъпления, каквито директивите срещу прането на пари се стремят да предотвратят.